Täterschaft mit Teilnehmervorsatz

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG
DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

DER RECHTS- UND STAATSWISSEN-
SCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER PHILIPPS-UNIVERSITÄT
MARBURG

vorgelegt von

Helmuth Friedrich Bünger
Gerichtsreferendar

aus
Düsseldorf-Benrath.

MARBURG 1929.

Druck von F. W. Kalbfleisch, Gelnhausen.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg angenommen am 24. Juli 1929.

Berichterstatter: Prof. Dr. Mezger.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinen Eltern

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555603_0026

Schrifttum.

Ackermann, Hch.: Das dolose Werkzeug, Diss. 1917.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl., 1922.

Bauer, Anton: Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprozesse, 1840.

Bauer, Wilhelm: Die akzessorische Natur der Teilnahme, Diss. 1904.

Beling: Die Lehre vom Verbrechen, 1906.

— „ —: Grundzüge des Strafrechts, 1925.

— „ —: Zur Lehre von der „Ausführung" strafbarer Handlungen. Z. St. W. 28 S. 589 ff.

Berner, A. F.: Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, 1847.

Berolzheimer: Die akzessorische Natur der Teilnahme, Diss. 1909.

Binding: Die Normen und ihre Uebertretung I 1890, 2. Aufl. II, 1 1914, II, 2 1916, III 1918.

— „ —: Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgem. Teil 1913 7. (8.) Auflage.

— „ —: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Bes. Teil I 1902 2. Auflage.

— „ —: Handbuch des Strafrechts 1. Bd. 1885.

Birkmeyer: Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutchen Reichsgerichts 1890.

— „ —: Ueber Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht, Ger. S. 1885.

Bissingen und Nippenburg, Graf: Die Lehre der akzessorischen Natur der Teilnahmehandlungen vom Standpunkt des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich. Diss. 1908.

Brandt, Artur: Grenzen der mittelbaren Täterschaft im geltenden und künftigen Strafrecht, Diss. 1916.

Brümmerstädt: Ist die Anstiftung akzessorische Teilnahme oder intellektuelle Urheberschaft? Diss. 1909.

Büll, Heinrich: Der Einfluß persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf Täterschaft und Teilnahme. Diss. 1902.

v. Buri: Ueber das Wesen des Versuchs, Goltd. Arch. 25 S. 265 ff.

— „ —: Ueber Kausalität und Teilnahme Z. St. W. 2 S. 232 ff.

— „ —: Abhandlungen aus dem Strafrecht. 1862.

— „ —: Ueber Kausalität und deren Verantwortung. 1873.
— „ —: Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung. 1860.
— „ —: Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen. Ger. S. Bd. 37 Beilageheft 1885.
— „ —: Urheberschaft und Beihilfe Goltd. Arch. 17 S. 233 ff., 1869.
— „ —: Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche, 1894.

Calker, Fritz van: Strafrecht, Grundriß, 1924.
— „ —: Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen insbesondere nach Militärstrafrecht. 1891.

Clementz, Emil: Mittelbare Täterschaft, Diss. 1912.

Coenders, Albert: Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme, 1909.

Cohn, Max: Wie scheiden sich Mittäterschaft und Beihilfe? Diss. 1904.

Daniel, Karl: Mittäterschaft, gemeinschaftliche Begehung und Begehung mit vereinten Kräften. Diss. 1910.

Döderlein, W.: Die mittelbare Täterschaft de lege lata und de lege ferenda. Diss. 1911.

Doerr, Friedrich: Deutsches Strafrecht, 1920.

Dreyer, Wilhelm: Die akzessorische Teilnahme. Diss. 1911.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch 1929 (Leipz. Kommentar), 4. Auflage.

Feuerbach, Anselm v.: Lehrbuch des peinlichen Rechts. 1847.
— „ —: Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts. II. Teil. 1800.

Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1. Bd. 1904.

Flegenheimer: Das Problem des „dolosen Werkzeugs" (Strafr. Abh. 164), Diss. 1913.

Forke, Alfred: Die begriffliche Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihilfe. Diss. 1890.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Auflage. 1926.

Freudenthal: Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. Strafr. Abh. Heft 37.

Friedemann, W.: Der Unterschied zwischen Mittäterschaft und Beihilfe. Diss. 1905.

Geib: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Bd., 1862.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. 1922.

Geyer: Ein Beitrag zur Würdigung der neuesten Ansichten über die Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihilfe, Goltd. Arch. 16, 593 ff.

Gierlich, Ernst: Die Grenzen der mittelbaren Täterschaft im Reichsstrafrecht. Diss. 1909.

Glaser: Ueber Täterschaft und Beihilfe Ger. S., S. 24 ff.

Goetz, Georg: Grenzziehung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe. Diss. 1910.

Graetzer, Fr.: Mittelbare Täterschaft in Bezug auf ihre begriffliche Möglichkeit bei den einzelnen Deliktsklassen. Diss 1907.

Grolmann: Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft. 1818.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. 1. Bd. 1881.

Heilborn, Paul: Der agent provocateur. 1901.

Heimberger, J.: Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Literatur von Schwarzenberg bis Feuerbach. 1896.

v. Helldorff: Die mittelbare Täterschaft und die Verleitung zum Falscheide. Diss. 1895.

Helmer, P. A.: Ueber den Begriff der fahrlässigen Täterschaft. Diss. 1895.

Henke, Eduard: Handbuch des Kriminalrechts und der Kriminalpolitik. 1823.

Hergt, Raimund: Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. 1909.

— „ —: Darstellung und Kritik der Theorien über die Teilnahme am Verbrechen von Feuerbach bis zur Gegenwart. Diss. 1909.

Hermes, Justus: Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. Diss. 1878.

Herzog: Ueber Strafbarkeit und Straflosigkeit im Sinn des Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Rücksicht auf die Lehre von der Teilnahme. Ger. S. 24 S. 435 ff.

Hilgemann: Die Teilnahme an der Teilnahme. Diss. 1908.

Hirsch, Robert: Ueber den Unterschied zwischen Mittäterschaft und Beihilfe. Diss. 1881.

Hoegel: Akzessorische Natur der Teilnahme, mittelbare Täterschaft, Eventualvorsatz. ZStW. 37 S. 651 ff. u. S. 826 ff.

Höpfner: Ueber die rechtliche Eigenart von Anstiftung und Beihilfe, Z. St. W. 26, S. 579 ff.

Horn, Arnold: Kausalitäts- und Wirkensbegriff, dessen empirische Feststellung und kriminalrechtliche Bedeutung. Ger. S. 54, S. 321 ff.

Ibach, Viktor: Die Anstiftung. Diss. 1912.

v. Igel, Harry: Die Nebentäterschaft. Diss. 1910.

Kaatz, Georg: Anstiftung zu fahrlässig begangenen Handlungen. Diss. 1912.

Kleinschrod: Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. 1. Teil. 1794.

Kluckhohn: Die Verleitung eines Geisteskranken zum Meineid. Ger. S. 86, S. 315.

Kohler: Studien aus dem Strafrecht I 1890.

Köstlin: System des deutschen Strafrechts. 1855.

— „ —: Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts 1845.

v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25. Auflage. 1927.

Loewenheim: Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht. Diss. 1897.

Luden: Handbuch des Deutschen Gemeinen und Partikularen Strafrechts. 1. Bd. 1847.

— „ —: Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht. Bd. 2. 1840.

Majer, Otto: Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft. Diss. 1905.

Mayer, Max Ernst: Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. 1915.

Mayr, Max: Die Beihülfe im Strafrecht. Diss. 1883.

Merkel, P.: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe (Greifswalder Universitätsreden Nr. 14).

Meyer, Hugo: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1895.

Meyer, Wilhelm: Die Teilnahme an fahrlässig begangenen Handlungen. Diss. 1897.

Mezger: Die Teilnahmelehre des Strafgesetzentwurfs von 1919. Dt. Strafr. Ztg. 1921 S. 205 ff.

— „ —: Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände (Festschrift für Traeger) 1926.

— „ —: Die subjektiven Unrechtselemente. Ger. S. Bd. 89 S. 207 ff.

— „ —: Die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze, Z. St. W. 42, S. 348 ff.

v. Michael, H.: Der Mensch als Werkzeug. Diss. 1914.

Mintz: Die Lehre von der Beihilfe. Diss. 1892.

Nagler: Die Teilnahme am Sonderverbrechen. 1903.

Neumeister, G.: Mittelbare Täterschaft und Hypnotismus. Diss. 1900.

Oetker: Nagler, die Teilnahme am Sonderverbrechen. Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme. Ger. S. 68 S. 299 ff.

— „ —: Anm. 9 in Handbuch des Strafprozesses von Glaser, Bd. 3 S. 131.

v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch I. 11. Auflage. 1927.

Oppler: Die Teilnahme bei Unzurechnungsfähigkeit des Täters. Ger. S. 70, S. 387 ff.

Ortmann, Rud.: Ueber die Fiktionen der Ursächlichkeit in der Lehre von der Teilnahme. Ger. S. 28 S. 81 ff.

Perten: Die Beihilfe zum Verbrechen. Strafr. Abh. Heft 198.

Petri: Die mittelbare Täterschaft. Diss. 1911.

Reichsgericht: Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen.

— „ —: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Riesenfeld, Fr.: Wie scheiden sich Mittäterschaft und Beihilfe. Diss. 1902.

Röhricht, Wolfg.: Die rechtliche Natur der Anstiftung. Diss. 1913.

Ronde, Hans: Mittelbare Täterschaft. Diss. 1907.

Sauer: Grundlagen des Strafrechts. 1921.

Schacht, Karl: Das fahrlässige Zusammenwirken mehrerer Personen. Diss. 1909.

Schmincke, Kurt: Die mittelbare Täterschaft. Diss. 1911.

Schreiber, Rud.: Täterschaft und Teilnahme. Diss. 1913.

Stoll, August: Begriff und Umfang der akzessorischen Natur der Teilnahme. Diss. 1912.

Stübel: Ueber die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen. 1828.

— „ —: Ueber den Tatbestand der Verbrechen. . . . . 1805.

Suhr, Franz: Die Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe de lege ferenda. Diss. 1912.

Theodor, Max: Die Anstiftung zum Versuch einer strafbaren Handlung. Diss. 1909.

Tischler, Ignaz: Die strafrechtliche Bedeutung der Beihilfe. Diss. 1902.

Tittmann: Handbuch der Strafrechtswissenschaft und deutschen Gesetzeskunde, 1. Bd. 1882.

Tosetti, Heinr.: Die Möglichkeit strafbarer Anstiftung und Beihilfe zu Handlungen noch nicht zwölfjähriger Personen. Diss. 1908.

Wach: Der „Gegenentwurf" eines Deutschen Strafgesetzbuchs D. J. Z. 1911. Sp. 958 ff.
Wachenfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1914.
— „ — : Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug. Z. St. W. 40, S. 129 ff.
Wächter: Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts. 1825.
Weinberg, Siegfr.: Teilnahme an fahrlässigen Handlungen. Diss. 1904.
Winter: Die mittelbare Täterschaft. Diss. 1917.
Wuttig: Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen. Strafr. Abh. Heft 40.
Yamakawa: Zur Lehre von der Mittäterschaft. Diss. 1900.

Gliederung.

Seite

Einleitung (§ 1) 12

Erster Teil.

Das Verbrechen und seine Merkmale.

I. Der Begriff des Verbrechens im allgemeinen (§ 2) 14
II. Die einzelnen Merkmale des Verbrechens (§ 3) 15
III. Divergenz von objektiver und subjektiver Deliktsseite (§ 4) 23

Zweiter Teil.

Täterschaft und Teilnahme.

I. Die Täterschaft und ihre Abgrenzung gegenüber der Beihilfe 26
1) Die Täterschaft im allgemeinen (§ 5) 26
2) Die subjektiven Teilnahmetheorien (§ 6) 29
3) Die älteren objektiven Theorien (§ 7) 46
4) Die Vermittlungstheorien (§ 8) 54
5) Die jüngeren objektiven Theorien (§ 9) 57
a) Die materiell-objektive Theorie (§ 9a) 58
b) Die formal-objektive Theorie (§ 9b) 64
II. Die mittelbare Täterschaft (§ 10) 73
III. Die Anstiftung (§ 11) 82

Dritter Teil.

Täterschaft mit Teilnehmervorsatz. 89

I. Allgemeines zum Problem (§ 12) 89
II. Täterschaft mit Anstiftervorsatz (§ 13) 90
III. Täterschaft mit Gehilfenvorsatz (§ 14) 106
IV. Die subjektive Theorie und die Irrtumsfälle (§ 15) 114

Schlußbetrachtungen (§ 16). 118

(§ 1.)

Einleitung.

Wenn wir einen Blick in die Literatur aus dem Gebiet des Strafrechts werfen, so werden wir sofort die Beobachtung machen, welch unverhältnismäßig großen Raum die Behandlung der allgemeinen strafrechtlichen Fragen einnimmt. Mögen die Ansichten über einzelne Normen des besonderen Teils auch noch so gegensätzlich sein, nie bereiten sie die Schwierigkeiten, die der allgemeine Teil des Strafrechts bietet. Der Grund ist wohl darin zu sehen, daß das geltende Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von 1871 in seinem Allgemeinen Teil im Verhältnis zum Besonderen Teil sehr kurz ist, sich mit einer Skizzierung der strafrechtlichen Grundsätze begnügt. Der Gesetzgeber hat es damit der Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen, den von ihm gegebenen gesetzlichen Rahmen auszufüllen.

Auch die vorliegende Arbeit will sich mit einem Problem beschäftigen, das seine Entstehung der Beschränkung des Gesetzgebers in allgemeinen Fragen des Strafrechts auf eine Rahmengesetzgebung verdankt. Jedoch sei schon an dieser Stelle bemerkt, daß ein Problem „Täterschaft mit Teilnehmervorsatz" nur für diejenige wissenschaftliche Gruppe besteht, die hinsichtlich der Begriffe „Täterschaft" und „Teilnahme" eine ganz bestimmte Meinung hat. Der Grund für diese nur teilweise anerkannte Existenz des Problems liegt darin, daß dieses nur ein sekundäres ist, eben abhängt von der Beantwortung der Frage nach dem Begriff der „Täterschaft". Das Strafgesetzbuch hat keinen ausdrücklichen Täterbegriff gegeben. Es hat im § 47 durch Aufstellung eines Begriffes der „Mittäterschaft" nur Andeutungen für „Täterschaft" gemacht. Und im übrigen kennt es als „Täter" nur ganz allgemein denjenigen, dessen Handlungen einen der Verbrechenstatbestände des Besonderen Teils erfüllen. Es gibt somit eine höchst unzulängliche Begriffsbestimmung der „Täterschaft".

Je nach der Stellung also zum Begriff der „Täterschaft" und der „Teilnahme" besteht oder fehlt ein Problem

„Täterschaft mit Teilnehmervorsatz". Damit ist zugleich angedeutet, daß es vor Behandlung unseres eigentlichen Themas gilt, zu den Vorproblemen Stellung zu nehmen, einen gewissen Standpunkt darzulegen und anschließend auseinanderzusetzen, warum für uns „Täterschaft mit Teilnehmervorsatz" ein Problem ist. In den ersten beiden Teilen der vorliegenden Arbeit wollen wir uns daher mit diesen das Thema näher erläuternden Vorproblemen beschäftigen, gleichzeitig aber auch mit allen anderen wichtigen Vorfragen.

— — — — — —

Erster Teil.

Das Verbrechen und seine Merkmale.

(§ 2.)

Der Begriff des Verbrechens im allgemeinen.

Neben dem Begriff der Strafe als dem Uebel, das der Staat als der Inhaber des Strafanspruchs dem Verbrecher androht, ist der Begriff des Verbrechens im weiteren formalen Sinn,[1]) der „strafbaren Handlung", des „Deliktes", der „Straftat", ein grundlegender strafrechtlicher Begriff. Er ist Voraussetzung des staatlichen Strafanspruchs.[2])

Im materiellen Sinn ist das Verbrechen eine Gefährdung oder Verletzung von rechtlich geschützten Interessen der menschlichen Gesellschaft und des Einzelnen, von sog. „Rechtsgütern".[3]) Auch das Zivilrecht kennt von der Rechtsordnung geschützte Interessen, also „Rechtsgüter", an deren Verletzung es Schadenersatzansprüche oder sonstige Rechtsansprüche knüpft. Aber es kennt keine Strafandrohung, die das wichtigste Kriterium des Kriminalunrechts ist. Der Gesetzgeber begnügt sich bei Gefährdung oder Verletzung gewisser Rechtsgüter, die ihm besonders wertvoll erscheinen, nicht damit, dem Angegriffenen Zivilrechtsansprüche zu verleihen, sondern er gewährt ihm durch Bedrohung der Störung dieses Rechtsgutes mit Strafe weiteren Schutz.[4])

Im allgemeinen meint man, wenn man von „Verbrechen" spricht, nicht den ganz abstrakten materiellen Begriff des Verbrechens als eines Unrechtes, als einer Interessenstörung, sondern das Verbrechen im weiteren formalen Sinn, die „strafbare Handlung" als die Voraussetzung des staatlichen Strafanspruchs. Eine solche „strafbare Handlung" muß also derjenige begangen haben, der wegen seines

[1]) Verbrechen im engeren formalen Sinn ist gemäß § 1 St. G. B. eine mit Zuchthaus oder mit Festungshaft von mehr als 5 Jahren bedrohte Handlung.

[2]) Beling, Lehre v. Verbrechen, S. 5.

[3]) Vgl. dazu Mezger, Ger. S. 89, S. 248.

[4]) van Calker, Grundriß, S. 18.

Verhaltens in Strafe genommen werden soll. Wir sehen sofort, daß der Begriff der „strafbaren Handlung" einer Erläuterung bedarf, weil er zunächst ein blutleeres Gebilde ist.

Auch die Allgemeine anerkannte Definition der „strafbaren Handlung" als einem mit Strafe bedrohten menschlichen Verhalten ist unzulänglich, da sie nur eine Umschreibung gibt.[5]) Indessen weist sie vielleicht doch den richtigen Weg, indem sie uns danach suchen läßt, wo denn eigentlich ein bestimmtes menschliches Verhalten mit Strafe bedroht ist. Und da stoßen wir auf die im Strafgesetzbuch aufgestellten Verbote und Gebote. Dasjenige Verhalten, welches zu einem der vom Gesetzgeber aufgestellten Gebote oder Verbote im Widerspruch steht, erscheint damit als ein deliktisches, ist ein Verbrechen.

Das vom Gesetzgeber im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches aufgestellte Gebot und Verbot, welches die Gesamtheit der abstrakten Verbrechensmerkmale enthält und uns sagt, wann ein Verhalten eine strafbare Handlung ist, nennen wir im Anschluß an Beling den „allgemeinen Verbrechenstatbestand".[6])

Unter Anwendung dieser Terminologie ergibt sich, daß ein Verbrechen im weiteren formalen Sinn, eine „strafbare Handlung", dann vorliegt, wenn ein menschliches Verhalten erschöpfen, bei denen tatbestandlich gleichgültig, was subsumiert werden kann.

(§ 3.)

Die einzelnen Merkmale des Verbrechens.

Ein allgemeiner Verbrechenstatbestand, unter den ein menschliches Verhalten muß subsumiert werden können, soll es eine strafbare Handlung sein, läßt sich nun in einzelne

---

[5]) Beling, L. v. V., S. 5.

[6]) Beling, L. v. V., S. 111; Grundriß, S. 18:
Aehnlich auch Max Ernst Mayer, S. 3 ff.; vgl. dazu Mezger, „Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", S. 3 ff.; die Bezeichnung „Tatbestand" sollte dagegen nicht, wie es häufig geschieht, als sog. konkreter Tatbestand für das strafrechtlich zu würdigende äußere Geschehen verwandt werden. Die Merkmale eines einzelnen unter das Gesetz fallenden Vorganges aus dem Leben sind der Sachverhalt oder die „Tatumstände" i. S. d. § 59 St. G. B. (Beling, Gr. S. 19 und L. v. V., S. 112).

Verbrechensmerkmale zerlegen, und damit kann auch der Verbrechensbegriff noch näher gekennzeichnet werden.

Von dem ersten Verbrechensmerkmal wurde schon gesprochen. Es ist ein gewisses Verhalten, und zwar ein menschliches Verhalten. Nur der natürliche Mensch als Einzelmensch kann eine „strafbare Handlung" begehen, daher nicht ein Tier, auch nicht eine juristische Person oder eine Gesellschaft.[7]) Der Oberbegriff des menschlichen Verhaltens ist nun dahin einzuengen, daß nur diejenige physiologische Tätigkeit eines natürlichen Menschen strafrechtlich bedeutungsvoll ist, die Ausfluß eines Willens ist. Ein ungewolltes körperliches Verhalten kann nicht Merkmal eines Verbrechens sein. Daher sind als strafrechtlich unerhebliche Tätigkeiten auszuscheiden die Reflexbewegungen, Bewegungen im Zustand der Bewußtlosigkeit, desgleichen dasjenige körperliche Verhalten, das durch eine von außen wirkende Kraft (vis absoluta) hervorgerufen wird.[8])

Das nicht von Willkür getragene körperliche Verhalten eines Menschen nennen wir „Zufall". Im Gegensatz, dazu wird die strafrechtlich relevante physiologische Tätigkeit, die Willensbetätigung, allgemein als „Handlung im engeren Sinn" bezeichnet.[9]) In den Begriff „Handlung" wird meistens nicht nur das gewollte positive Tun, sondern auch die Unterlassung, die gewollte körperliche Untätigkeit, eingeschlossen.[10])

Ausdrücklich sei an dieser Stelle erwähnt, daß es bei der Frage nach der „Handlung" nicht auf die Qualität des menschlichen Willens, nicht auf den Ursprung des Willens in Willensfreiheit oder Willensunfreiheit, ankommt. Diese Momente sind von Bedeutung für die Schuldfrage. Was mit dem Tätigwerden gewollt war, ist gleichgültig für die Feststel-

[7]) Frank I, S. 6; Beling, Gr. S. 21; L. v. V., S. 8; Doerr I, S. 37.

[8]) Finger, § 53; van Calker, Gr. S. 20; Allfeld, S. 98; v. Liszt S. 152; Beling, Gr. § 14 und L. v. V. § 3; Hugo Meyer S. 140; Gerland, S. 88, usw.

[9]) Vgl. z. B. v. Beling, Gr. S. 20 und L. v. V., S. 9; Frank I S. 6.

[10]) So z. B. v. Beling a. a. O.; Frank a. a. O.; Allfeld, a. a. O.; Finger versteht unter „Handlung" nur ein äußeres aktives Verhalten, S. 273.

lung einer „Handlung", wenn nur das Tätigwerden als solches gewollt war. Darum kann ein Geisteskranker sehr wohl „handeln".[11])

Nicht jede Handlung, und damit gelangen wir zu einem zweiten Verbrechensmerkmal, ist eine strafbare Handlung, ein Verbrechen. Die Zeiten, in denen eine nach menschlichem Empfinden strafwürdige Handlung auch strafbar war, sind vorüber. Da es keinen allgemein gültigen Maßstab für die Strafwürdigkeit einer Handlung gibt, kann der heutige Gesetzgeber aus Gründen der Verkehrssicherheit und einer geregelten Rechtspflege mit einem Begriff, der der Willkür freien Spielraum läßt, nichts anfangen. Er hat daher eine andere Eigenschaft, die sog. Tatbestandsmäßigkeit, als diejenige bezeichnet, die dem Handlungsbegriff als zweites Verbrechensmerkmal anhaften muß. Besonders scharf als Verbrechensmerkmal hat Beling die Tatbestandsmäßigkeit betont.[12])

Im Anschluß an Beling verstehen wir unter einer „tatbestandsmäßigen Handlung"[13]) eine solche, welche dem äußeren Tatbild, das die einzelnen Verbrechensarten charakterisiert, entspricht.[14]) Oder anders ausgedrückt, die menschliche, freigewollte Tätigkeit als die sog. „Handlung" ist „tatbestandsmäßig", wenn sie nach dem natürlichen Sprachgebrauch als diejenige Tätigkeit angesehen werden muß, von der der Gesetzgeber in dem allgemeinen Verbrechenstatbestand durch ein diesem Verbrechensbestand charakte-

---

[11]) Beling, Gr. § 14 und L. v. V., S. 11 ; Finger, S. 273 ; a. M. : Binding, Normen II, § 62 ;
Aus demselben Grund ist die Ansicht des Reichsgerichts in Bd. 11, 56 ff. abzulehnen, die Worte „strafbare Handlung" in § 51 St. G .B. wären nicht so zu verstehen, als läge zwar eine Handlung, nur keine strafbare, vor, vielmehr fehle es schon am Begriff „Handlung" im juristischen Sinn.

[12]) Beling, L. v. V. § 4, Gr. § 13 :
Beling verwendet für Tatbestandsmäßigkeit auch den Ausdruck „Typizität" ; vgl. dazu Winter, S. 2 ff., vgl. ferner auch M. E. Mayer, S. 3 ff. ; van Calker, Gr., S. 18 ; Mezger „Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände" S. 3 ff.

[13]) Von Beling auch einfach „Tatbestand", „gesetzlicher Tatbestand", „besonderer Tatbestand" im Gegensatz zum „allgemeinen Verbrechenstatbestand" genannt.

[14]) Beling, Gr. S. 18, L. v. V., S. 24.

ristisches Zeitwort spricht. So ist z. B. die „tatbestandsmäßige Handlung" in § 211 bez. in § 242 St. G. B. das „Töten" bezw. das „Wegnehmen".[15]) Damit sind als nicht tatbestandsmäßige Handlungen auszuscheiden die Vorbereitungshandlungen, Nachhandlungen und Nebenhandlungen. Diese haben strafrechtlich nur Bedeutung, wenn das Gesetz für sie einen eigenen Tatbestand aufstellt, oder wenn sie zu einer von einem Anderen vorgenommenen Ausführungshandlung Teilnahmehandlungen sind.[16])

Mit Beling ist nun weiter festzustellen, daß die Tatbestandsmäßigkeit kausale Momente enthalten kann. Die herrschende Lehre unterscheidet die sog. Formaldelikte, auch schlichte Tätigkeitsdelikte genannt, von den sog. Erfolgs- oder Materialdelikten. Sie versteht unter ersteren diejenigen Verbrechenstatbestände, die sich in dem menschlichen Verhalten erschöpfen, bei denen tatbestandlich gleichgültig, was nach dem körperlichen Verhalten geschehen ist. Dagegen bezeichnet sie als Erfolgsdelikte solche, bei denen zur Vollendung des Verbrechens noch ein von der Handlung getrennter äußerer Erfolg verlangt wird.[17])

Als Täter eines solchen Erfolgsdeliktes kann nun nur verantwortlich gemacht werden, wer etwas zum Erfolg beigetragen hat, mit ihm kausal verknüpft ist; sein Verhalten muß eine conditio sine qua non sein. Ist dies der Fall, so fragt sich, ob dieser Zusammenhang schon zur Täterschaft genügt, oder ob unter den verschiedenen Erfolgsbedingungen nur gewisse für die Täterschaft von Bedeutung sind. Allenthalben wird diese Frage dahin beantwortet, daß aus der Gruppe der Bedingungen nur gewisse Bedingungen — meistens werden sie Ursache genannt — für die Täterschaft von Bedeutung sind.

Beling weist mit Recht darauf hin, daß diese Fragestellung nicht richtig ist, daß vielmehr die „Tatbestandsmäßigkeit" der Handlung der springende Punkt ist. Die Fragestellung darf daher nicht lauten: Ein Verbrechen hat begangen, wessen Handlung den Erfolg verursacht hat, son-

[15]) Beling, Gr. S. 25.
[16]) Beling, Gr. S. 25.
[17]) Allfeld, S. 104; Beling, Gr. S. 23 und L. v. V., S. 203/4; Frank I, S. 12; Sauer, S. 313; Wuttig, S. 24 ff.; gegen den Begriff des „Formaldeliktes" Wachenfeld, S. 73; v. Liszt, S. 155; M. E. Mayer, S. 119.

dern wessen Verhalten „tatbestandsmäßig" war. Wird diese Frage bejaht, dann ist darin auch die Bejahung der Verursachung des verbrecherischen Erfolgs enthalten. Auch die Existenz der Formaldelikte beweist die Richtigkeit der Fragestellung Belings.[18])

Hierzu sei endlich bemerkt, daß der Erfolg einer Handlung also nicht unter diese selbst zu stellen ist, sondern zur Tatbestandsmäßigkeit gehört. Der Streit über die Zugehörigkeit der Wirkungen eines Verhaltens zum Handlungsbegriff ist somit nicht ein rein terminologischer, wie vielfach behauptet wird.[19]) Daß der Sprachgebrauch unter Handlung auch den Erfolg versteht,[20]) darf uns nicht wundern, da ihm der rein juristische Begriff der Tatbestandsmäßigkeit fremd ist. Die Handlung schließt mit der gewollten körperlichen Tätigkeit ab.[21])

Das dritte Verbrechensmerkmal ist die Rechtswidrigkeit. Daß nur eine rechtswidrige Handlung strafbar ist, ist allgemein anerkannt.[22]) Das folgt daraus, daß es sich beim Verbrechen um ein Unrecht handelt. Die Rechtswidrigkeit ist neben der Tatbestandsmäßigkeit eine weitere Eigenschaft der Handlung. Daher kann nur ein menschliches Verhalten ein rechtswidriges sein, nicht etwa auch ein tierisches.[23]) Das Merkmal der Rechtswidrigkeit liegt in einem Verstoß gegen die Rechtsordnung, gegen ein rechtliches Gebot oder Verbot. Ein Verstoß gegen die Moral ist daher als solcher noch nicht rechtswidrig. Dabei ist zu bemerken, daß nicht ein Verstoß gegen strafrechtliche Normen allein eine Handlung zur rechtswidrigen macht. Vielmehr genügt ein Verstoß gegen irgend eine Rechtsnorm.[24])

Ein bestimmtes Verhalten muß nicht ausdrücklich in einer Rechtsnorm als rechtswidrig gekennzeichnet werden. Es genügt zur Charakterisierung eines bestimmten Verhaltens als eines rechtswidrigen, daß es vom Gesetzgeber mit

---

[18]) Beling, Gr., S. 29 u. L. v. V., S. 30 u. S. 204.
[19]) z. B. von Finger, S. 274.
[20]) Gegenargument von Wachenfeld, § 28.
[21]) so auch Allfeld, S. 99.
[22]) vgl. nur Frank I, S. 4; Allfeld, S. 120; van Calker, Gr. 24; M. E. Mayer, S. 9; Gerland, S. 111; v. Liszt, S. 168.
[23]) van Calker, Gr., S. 25; Allfeld, S. 120.
[24]) Allfeld, S. 120; van Calker, S. 24; Beling, Gr. S. 34.

Strafe bedroht ist. Allfeld sagt mit Recht, mit der Feststellung des der Strafdrohung zugrunde liegenden Tatbestandes sei auch regelmäßig die Rechtswidrigkeit festgestellt.[25]) Mag in dem vom Richter abzuurteilenden konkreten Einzelfall auch das bestimmte Verhalten wegen Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes rechtserlaubt sein, generell bleibt es, eben weil es unter eine Strafdrohung fällt, rechtswidrig.

Ob, wie Frank meint,[26]) die Strafdrohung ein „sicheres" Zeichen für die Rechtswidrigkeit ist, das nur durch den Ausnahmefall eines Rechtfertigungsgrundes aufgehoben oder eingeschränkt wird, oder ob man mit M. E. Mayer und von Liszt[27]) eben mit Rücksicht auf das mögliche Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes im konkreten abzuurteilenden Einzelfall den Verbrechenstatbestand nur als ein Indiz für die Rechtswidrigkeit der Handlung bezeichnet, scheint uns belanglos.

Bedeutungsvoller dürfte der Streit darüber sein, ob die Rechtswidrigkeit, die wir soeben als das dritte Verbrechensmerkmal festgestellt haben, auch zum Verbrechenstatbestand im technischen Sinn gehört. Wir sind im Anschluß an Frank, M. E. Mayer und Sauer[28]) der Ansicht, daß die Rechtswidrigkeit nicht Tatbestandsmerkmal ist, da sie nicht zu anderen Merkmalen eines Verbrechenstatbestandes hinzutritt, sondern nur das Ergebnis eines über sie gefällten Urteils ist. Daß in einzelnen Verbrechenstatbeständen ausdrücklich die Rechtswidrigkeit als Merkmal verlangt wird, spricht nicht dagegen, hat vielmehr andere Bedeutung.[29])

Tritt zu den bisher gefundenen drei Verbrechensmerkmalen Handlung, Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit als viertes Merkmal noch die Schuld, so ist in der Regel das Verbrechen gegeben. Ohne Schuld gibt es keine Strafbarkeit.[30]) Der Begriff „Schuld" ist im einzelnen

---

[25]) Allfeld, S. 121 u. S. 72; so auch u. a. Frank I, S. 3; Beling Gr., S. 7; van Calker, Gr., S. 25; Sauer, S. 399; vgl. ferner Mezger, S. 368 in Z. St. W. 42 u. „Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", S. 6, 7 u. 11.

[26]) Frank I, S. 4.

[27]) M. E. Mayer S. 52; v. Liszt, S. 177.

[28]) Frank I, S. 7; M. E. Mayer, S. 10; Sauer, S. 340.

[29]) vgl. dazu Sauer a. a. O.; v. Liszt, S. 181.

[30]) Frank I, S. 131; van Calker, S. 32; Beling, Gr. S. 39 usw.

sehr bestritten. Jedenfalls steht fest, daß eine Handlung schuldhaft ist, wenn sie dem Handelnden zum Vorwurf gemacht werden kann, und daß Voraussetzung dieser Vorwerfbarkeit die Zurechnungsfähigkeit des Menschen ist.[31]) Das Strafgesetzbuch hat nicht positiv gesagt, was unter Zurechnungsfähigkeit zu verstehen ist, sondern nur negativ durch Aufstellung eines Begriffs der Unzurechnungsfähigkeit, vor allem in § 51 St. G. B. Daraus ergibt sich, daß Zurechnungsfähigkeit die Fähigkeit freier Willensbestimmung ist, der Zustand körperlicher und geistiger Reife.[32])

Die Zurechnungsfähigkeit, auch Schuldfähigkeit[33]) genannt, reicht noch nicht aus, um eine schuldhafte Handlung anzunehmen. Dem zurechnungsfähigen Menschen kann eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Handlung nur dann vorgeworfen werden, wenn er eine gewisse psychische Beziehung zu ihr hat.[34]) Diese innere Beziehung zur Tat kann eine doppelte sein. Einmal können Vorstellung und Wille des Täters auf die Verwirklichung der Verbrechensmerkmale gerichtet sein; dann spricht man von Vorsatz. Andermal kann es sein, daß der Wille nur auf ein gewisses äußeres Verhalten gerichtet ist, die Vorstellung des Erfolges fehlt, obwohl sie hätte vorhanden sein müssen; hier spricht man von Fahrlässigkeit.[35])

Im Strafgesetzbuch finden wir weder eine scharfe Definition des Vorsatzes noch der Fahrlässigkeit. Der § 59 gibt nur Anhaltspunkte, überläßt damit Wissenschaft und Rechtsprechung eine nähere Formulierung. Was den Begriff „Vorsatz" angeht, so bemühen sich zwei Theorien, die Lücke des Gesetzes auszufüllen und eine umfassende Begriffsbestimmung zu geben. Die sog. Vorstellungstheorie[36]) definiert Vorsatz als Kenntnis der Tatumstände, die im Gesetz bei der jeweiligen strafbaren Handlung aufgeführt werden, plus Vorstellung des Erfolges, verbunden mit dem Willen zum Handeln. Die sog. Willenstheorie[37]) bezeichnet Vorsatz als

[31]) Allfeld, S. 158; van Calker, S. 32; Frank I, S. 133.
[32]) Wachenfeld, S. 136; Beling, Gr. § 25; van Calker, Gr. § 11.
[33]) Wachenfeld, S. 135; Allfeld, S. 148 u. S. 158.
[34]) vgl. Mezger, Ger. S. 89, S. 254.
[35]) Allfeld, S. 159; Wachenfeld, S. 146.
[36]) vertreten z. B. von: Frank I, S. 173 u. von Liszt, S. 241.
[37]) vertreten z. B. von Allfeld, S. 164 u. 169; Beling, Gr. S. 48; auch das Reichsgericht kann als Vertreter der Willenstheorie bezeichnet werden; vgl. z. B. R. G. 58, 249.

Wissen und Wollen sämtlicher Tatbestandsmerkmale. Die Vorsatztheorien gegeneinander abzuwägen, erübrigt sich. Denn es weisen Binding und Frank mit Recht darauf hin, daß in Wahrheit zwischen den beiden Theorien nur ein formeller Unterschied besteht, und daß sie sachlich richtig gehandhabt zu denselben Ergebnissen führen.[38])

In einzelnen Fällen begnügt sich das Gesetz nicht mit dem Vorsatz, sondern verlangt darüber hinaus etwas, das es mit „Absicht" oder mit ähnlichen Wendungen bezeichnet. Nach herrschender Meinung liegt „Absicht" dann vor, wenn die Vorstellung des Erfolges treibendes Motiv zum Handeln ist.[39]) Nur von wenigen wird Absicht und Vorsatz als identisch bezeichnet.[40])

Der Begriff „Fahrlässigkeit" wurde generell bereits oben gekennzeichnet. Im einzelnen ist dazu noch folgendes zu bemerken. Die Vorstellung vom Erfolg fehlte wegen mangelnder Aufmerksamkeit oder auch wegen mangelnder Vorsicht,[41]) die vom Täter nach den begleitenden Umständen und seinen Fähigkeiten erwartet werden konnte.[42]) Man unterscheidet hierbei die sog. unbewußte und die sog. bewußte Fahrlässigkeit, je nachdem ob der Täter sich die Möglichkeit des tatbestandlichen Erfolges überhaupt nicht vorgestellt hat, oder sie sich zwar vorgestellt, aber auf die Nichtverwirklichung vertraut hat.[43])

Während der Vorsatz bei allen Delikten strafbar ist, gilt dies für die Fahrlässigkeit nur in beschränktem Maße. Zwar können die Uebertretungen grundsätzlich sowohl vorsätzlich als auch fahrlässig begangen werden. Im übrigen aber wird im geltenden Recht die Fahrlässigkeit nur dann bestraft, wenn das Gesetz die Strafe ausdrücklich schon an die fahrlässige Begehung der Handlung knüpft.

[38]) Binding, Normen II, S. 391; Frank I, S. 173.
[39]) so z. B. M. E. Mayer, S. 113; Frank I, S. 184; von Liszt, S. 245; Wachenfeld, S. 156; Gerland, S. 102; Allfeld, S. 171.
[40]) z. B. von Binding, Lehrb. I, S. 364 u. 375; Gr. S. 126.
[41]) so Frank I, S. 186; vgl. auch Allfeld, S. 178.
[42]) Beling, Gr., S. 52; Frank I, S. 187; Allfeld, S. 180; vgl. dazu Mezger, Ger. S. 89, S. 254.
[43]) Beling, Gr., S. 52; Allfeld § 33, v. Olshausen, § 59 N. 17; Wachenfeld, § 45.

Als fünftes Verbrechensmerkmal wird vom Gesetzgeber zuweilen das Vorliegen sog. besonderer Strafbarkeitsbedingungen verlangt. Diese Strafbarkeitsbedingungen sind Umstände, die, wenn sie im Gesetz verlangt werden,[44]) nur rein objektiv vorzuliegen brauchen, von der Schuld nicht mitumfaßt sein müssen.[45]) Sie sind zu unterscheiden von den allgemeinen Strafbarkeitsbedingungen, die der Gesetzgeber nicht einem einzelnen allgemeinen Verbrechenstatbestand als fünftes Verbrechensmerkmal angehängt, sondern ganz allgemein als wesentlich für die Strafbarkeit festgelegt hat.[46])

(§ 4)

Divergenz von objektiver und subjektiver Deliktseite.

Im vorigen Paragraphen wurde das Verbrechen auf seine einzelnen Merkmale untersucht und dabei festgestellt, daß Handlung, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld stets Voraussetzung eines Deliktes sind, während die sog. besonderen Strafbarkeitsbedingungen nur in vom Gesetzgeber besonders genannten Fällen als fünftes Verbrechensmerkmal zu den genannten vier noch hinzutreten müssen.

Man teilt nun diese genannten Verbrechensmerkmale in zwei Gruppen ein. Je nachdem sie sich in der Außenwelt, also sinnlich wahrnehmbar, oder aber in der Innenwelt des Täters verwirklichen, also durch Symptome erschlossen werden müssen, unterscheidet man die äußeren, objektiven Merkmale von den inneren oder subjektiven Merkmalen. Entsprechend wird dann eine objektive und eine subjektive Seite des allgemeinen Verbrechenstatbestandes[47]) unterschieden. Zu den objektiven Verbrechensmerkmalen gehören

---

[44]) Z. B. die Verbürgung der Gegenseitigkeit in §§ 102, 103.

[45]) Allfeld, S. 184; Beling, Gr. § 13.

[46]) Beling, Gr. S. 18:
Die besonderen Strafbarkeitsbedingungen sind weiterhin nicht mit den Prozeßvoraussetzungen zu verwechseln, von deren Vorhandensein nur die Strafverfolgung abhängt, während die Strafbarkeit an sich durch ihr Fehlen nicht berührt wird.

[47]) „Allgemeiner Verbrechenstatbestand" wieder i. S. Belings und daher zu unterscheiden vom „gesetzlichen oder besonderen Tatbestand", dem „Tatbestand im technischen Sinn" vgl. Beling, Gr. S. 18.

Handlung, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und besondere Strafbarkeitsbedingungen, während die Schuld, Vorsatz und Fahrlässigkeit und damit zugleich Zurechnungsfähigkeit in sich schließend, unschwer als zur subjektiven Seite des allgemeinen Verbrechenstatbestandes gehörig zu erkennen ist.[48])

Es wurde an anderer Stelle schon angeführt, daß die Schuld als Voraussetzung der Strafbarkeit des Täters eine innere, psychische Beziehung zur tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Handlung ist, bestehend entweder in Vorsatz oder in Fahrlässigkeit. Der Gesetzgeber hat in den einzelnen allgemeinen Verbrechenstatbeständen immer eine ganz bestimmte innere Beziehung zur objektiven Verbrechensseite als Strafbarkeitsmerkmal aufgestellt. Einmal verlangt er nur Fahrlässigkeit, andermal Vorsatz oder gar Vorsatz gepaart mit Ueberlegung, wie in § 211 St. G. B.

Hat derjenige, welcher die objektive Seite eines Verbrechens erfüllt, nicht diejenige innere Beziehung zu den objektiven Verbrechensmerkmalen, die der Gesetzgeber für dieses Verbrechen gerade voraussetzt, dann kann er aus diesem bestimmten allgemeinen Verbrechenstatbestand eben nicht bestraft werden, mögen auch die objektiven Verbrechensmerkmale erfüllt sein.

Häufig ist es sehr schwer festzustellen, ob derjenige, welcher die objektiven Merkmale eines bestimmten Verbrechens erfüllt hat, auch mit der dafür verlangten besonderen Schuldform gehandelt hat. Diese Schwierigkeit der Feststellung des Vorliegens oder Fehlens einer Divergenz von objektiver und subjektiver Verbrechensseite besteht kaum für die Frage nach der Fahrlässigkeit, umso mehr dagegen bei der Frage nach dem Vorsatz.[49]) Zwar ist feststehend, daß nach § 59 St. G. B. Kenntnis der Tatumstände notwendiges Merkmal des Vorsatzes ist. Aber hiermit ist nicht besonders gedient, denn nun erhebt sich die Frage, was alles unter den Begriff „Tatumstände" fällt, ob vor allem auch die Rechtswidrigkeit „Tatumstand" i. S. des § 59 ist.

---

[48]) Vgl. u. a. dazu Hugo Meyer, S. 145; Wachenfeld, S. 79.

[49]) Sehr bestritten sind bekanntlich besonders die Fälle von error in persona vel objecto und aberratio ictus.

Wir vertreten im Anschluß an Beling und Andere die Ansicht, daß der Vorsatz ausgeschlossen wird durch Nichtkenntnis der im Gesetz aufgestellten objektiven Verbrechensmerkmale (mit Ausnahme der besonderen Strafbarkeitsbedingungen), ferner durch Unkenntnis der Rechtswidrigkeit, endlich auch durch irrige Annahme eines Rechtfertigungsgrundes[50]).

Wo wegen Vorliegens eines solchen Irrtums über Tatumstände i. S. des § 59 Abs. 1 Vorsatz ausgeschlossen ist, wird häufig nach § 59 Abs. 2 wegen Fahrlässigkeit gestraft werden können,[51]) sofern überhaupt dasselbe äußere Verhalten kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift auch schon bei Fahrlässigkeit strafbar ist.

[50]) Beling, Gr. S. 47; Allfeld, § 32.
[51]) Vgl. van Calker, Gr., S. 42.

Zweiter Teil.

Täterschaft und Teilnahme.

I: Die Täterschaft und ihre Abgrenzung gegenüber der Beihilfe.

Im ersten Teil der vorliegenden Arbeit wurde das Verbrechen auf seine einzelnen Bestandteile untersucht und dabei festgestellt, daß es aus objektiven und subjektiven Verbrechensmerkmalen besteht, deutlich eine objektive und eine subjektive Deliktseite unterschieden werden kann.

In diesem zweiten Teil der Arbeit soll dargelegt werden, daß nicht nur die Begriffe des „Besonderen Teils" des geltenden Strafgesetzbuches in dieser Weise zerlegt werden können, vielmehr dasselbe auch für die Begriffe „Täterschaft" und „Teilnahme" aus dem „Allgemeinen Teil" des Strafgesetzbuches gilt, daß auch diese aus objektiven und subjektiven Merkmalen zusammengesetzt sind.

Diese allgemeinen Begriffe des Strafgesetzbuches sind unselbständige juristische Figuren. Für sich allein sind sie strafrechtlich bedeutungslos. Erst in Verbindung mit einem allgemeinen Verbrechenstatbestand des Besonderen Teils gewinnen sie strafrechtliche Bedeutung.[1])

(§ 5)

Die Täterschaft im allgemeinen.

Es wurde bereits an anderer Stelle gesagt, daß unser Strafgesetzbuch den Begriff „Täterschaft" nicht ausdrücklich erwähnt, und zwar wohl deshalb, weil es der Meinung ist, es sagten ja die Normen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches, wer Täter sei, nämlich derjenige, der einen dieser allgemeinen Verbrechenstatbestände verwirkliche.[2]) Der Gesetzgeber gibt hiermit indirekt doch einen

[1]) Vgl. dazu Beling, Gr. § 74.

[2]) Wuttig, S. 24, meint, der Grund für einen Verzicht auf eine Definition des Begriffes „Täterschaft" läge darin, daß aus den einzelnen Täterschaftsbegriffen nicht soviel gemeinsame Momente herausgezogen werden könnten, um einen allgemeinen Täterschaftsbegriff zu verlohnen.

Täterbegriff. Die herrschende Meinung versteht unter Täterschaft ebenfalls Verwirklichung eines allgemeinen Verbrechenstatbestandes.[3])

Diese generelle Definition bereitet keine Schwierigkeiten, so lange nur eine einzige Person zu einem begangenen Verbrechen etwas beigetragen hat. Wo aber ihrer mehrere sind, entsteht sofort die Frage, wer von ihnen Täter, und wer nur Teilnehmer an der Tat ist.

Das Gesetz versteht unter Teilnehmer den Mittäter, Anstifter und Gehilfen. Daß die Mittäterschaft keine Teilnahme im engeren Sinn des Gesetzes ist, wird unten dargelegt werden. Die praktische Bedeutung einer genauen Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme liegt in der verschiedenen Strafbarkeit der einzelnen Beteiligungsformen an einem Verbrechen. Nach § 49 St. G. B. wird der Gehilfe milder als der Täter bestraft, während nach § 48 den Anstifter die Täterstrafe trifft, desgleichen den Mittäter.

Schon diese rein praktische Erwägung der verschiedenen Strafbarkeit also verpflichtet uns, eine genauere Begriffsbestimmung der Täterschaft zu geben. Hierfür können wir auch nicht ohne weiteres Nutzen aus der Kenntnis der einzelnen objektiven und subjektiven Merkmale des Verbrechens ziehen. Kenntnis der verbrecherischen Tat ist noch nicht Kenntnis des Täters.

Die verschiedensten Theorien versuchen, eine genauere Abgrenzung der Täterschaft von der Teilnahme zu geben. Sie bemühen sich, da im allgemeinen die Abgrenzung der Täterschaft von der Anstiftung geringere Schwierigkeiten bereitet, hauptsächlich darum, ein brauchbares Kriterium für die Unterscheidung der Täterschaft von der Beihilfe zu geben. In der juristischen Praxis entsteht selten eine Schwierigkeit bei der Frage nach Täterschaft oder Anstiftung. Umso schwieriger ist oft aber die Feststellung, ob von zwei an einem Verbrechen beteiligten[4]) Personen die eine Täter und die andere Gehilfe ist, oder aber ob sie im Verhältnis der Mittäterschaft zueinanderstehen.

---

[3]) Vgl. u. a. Allfeld, S. 113; M. E. Mayer, S. 375; Ronde, S. 3; Schreiber § 3. Aehnlich Frank (I S. 101), welcher von „Erfüllung des gesamten Tatbestandes in eigener Person" spricht.

[4]) „beteiligt" im weiteren Sinn des Wortes.

Ueber das unterscheidende Merkmal zwischen der Täterschaft und der im Gesetz auch als Teilnahmeform bezeichneten Mittäterschaft wird nicht gestritten. Denn es ist wohl allgemeine Meinung, daß die Mittäterschaft keine Teilnahme im reinsten Sinn ist, vielmehr eine Form der Täterschaft.[5]) Daher soll die Mittäterschaft in der vorliegenden Arbeit auch nicht besonders behandelt werden.

Die Teilnahmetheorien sind fast alle darüber einig, daß nur diejenigen Personen in die Untersuchung über ihre Beziehung zum Verbrechen gezogen werden können, die überhaupt irgend etwas dazu beigetragen haben. Täterschaft und Teilnahme ist daher gemeinsam, daß sie conditio sine qua non zum verbrecherischen Erfolg sind.[6]) Daher können Begünstigung und Hehlerei auch nicht als Teilnahmeformen eines Deliktes aufgefaßt werden. Sie gehören in den „Besonderen Teil" des Strafrechts als besondere Delikte, da sie der Verwirklichung einer strafbaren Handlung erst nachfolgen.[7])

Unter den Teilnahmetheorien kann man, je nachdem sie das ausschlaggebende Unterscheidungsmerkmal zwischen Täterschaft und Teilnahme auf der objektiven oder subjektiven Seite des Verbrechens sehen, die objektiven Theorien von den subjektiven Theorien unterscheiden. Zwischen ihnen stehen die gemischten oder Vermittlungstheorien.

Diese Unterscheidung der Teilnahmetheorien nach einem subjektiven und einem objektiven Standpunkt ist keine Erscheinung der neuzeitlichen Rechtswissenschaft. Vielmehr hat es bereits vor einem Jahrhundert in der Teilnahmelehre einen subjektiven und objektiven Standpunkt gegeben. Da es von Interesse sein dürfte, auch diese älteren Meinungen kennen zu lernen, sollen sie im folgenden auch

---

[5]) Vgl. u. a. von Liszt, S. 323; Frank I, S. 101; M. E. Mayer, S. 380; Beling, Gr., S. 103; Allfeld, S. 219; van Calker, Gr. S. 60; Yamakawa, S. 5; Ronde, S. 17; Schreiber, S. 18.

[6]) U. a. Frank I, S. 100; Birkmeyer § 1; v. Liszt, S. 311; H. Meyer, S. 250/51; Dreyer, S. 8; Mintz, S. 106, a. M. z. B. hin und wieder das Reichsgericht, welches in einigen Entscheidungen auch solche Tätigkeiten als vollendete Beihilfe bezeichnet, die die Haupthandlung unterstützt haben, auch ohne auf den Erfolg von Einfluß gewesen zu sein. Vgl. RGSt. Bd. 6, 169 (170), vgl. auch Bd. 13, 266.

[7]) van Calker Gr. S. 60; Wachenfeld, S. 193; Hilgemann S. 2. N. 3.

wiedergegeben werden, wobei wir uns selbstverständlich darauf beschränken müssen, nur die Hauptvertreter der älteren subjektiven und objektiven Teilnehmertheorien zu Worte kommen zu lassen.

(§ 6)

Die subjektiven Teilnahmetheorien.

Innerhalb der älteren subjektiven Theorien lassen sich zwei Richtungen erkennen. Die eine, Dolustheorie genannt, faßt den dolus ins Auge und behauptet, daß Täter und Gehilfe einen verschiedenen dolus hätten (Verschiedenheit der „formellen Absicht"), und daß danach ein sicheres Unterscheidungsmerkmal zwischen Täterschaft und Beihilfe gegeben sei. Die andere Richtung sieht den Unterschied in dem verschiedenen Interesse und in der Verschiedenheit des Zweckes, der „materiellen Absicht". Daher bezeichnet man ihre Anhänger als Vertreter der sog. Interessentheorie.[8])

Die Dolustheorie vertritt Wächter. Nach seiner Meinung sehen die Kriminalisten zu wenig auf die Verschiedenheit der Absicht des Handelnden. Der Täter wolle das Verbrechen selbst unmittelbar begehen, der Gehilfe ein fremdes Verbrechen nur unterstützen.[9])

Bauer vertritt einen ähnlichen Standpunkt. Nach ihm will der Urheber das von ihm beschlossene Verbrechen selbst hervorbringen, der Gehilfe nur die Ausführung des Verbrechens eines Anderen befördern.[10])

Ein Hauptvertreter der Dolustheorie ist Berner. Die Berücksichtigung des Zwecks, der „materiellen Absicht", lehnt er ausdrücklich ab. Nach seiner Ansicht kommt es für den formellen Begriff der Urheberschaft nicht darauf an, ob der Urheber etwas für sich selbst oder einen Anderen bezweckt. Maßgebend für die Urheberschaft ist die Absicht, „als der auf die allgemeine Qualität der Handlung, durch welche sie sich eben als Verbrechen charakterisiert, gerichtete Wille". Der Urheber muß die Tat als eigene hervorbringen wollen ; für seine eigene Absicht muß er arbeiten.[11])

---

[8]) vgl. dazu Wuttig, S. 63 ; Cohn, S. 17 ; Friedemann, S. 64 ; Hergt, S. 16.
[9]) Wächter, Lehrb. § 88, S. 147.
[10]) Bauer, Abhandlungen, S. 455.
[11]) Berner, Teilnahme, S. 171.

Der Gehilfe will die Ausführung einer fremden Absicht befördern, zum Erfolge mitwirken, ohne aber das Verbrechen zu seiner eignen Angelegenheit zu machen.[12])

Berner teilt sodann die Delikte in zwei Gruppen ein, je nachdem die Haupthandlung ohne die erforderliche Absicht ausgeführt werden kann oder nicht. Bei den Delikten ersterer Art hält es Berner für möglich, daß jemand die Haupthandlung vornimmt, ohne deshalb Urheber zu werden, so lange er nur die zur Begehung derselben erforderliche Absicht sich nicht zueignet.[13])

Berner, zunächst einer der namhaftesten Vertreter der Dolustheorie innerhalb der Gruppe der subjektiven Teilnahmetheorien, hat in späteren Werken der Dolustheorie den Rücken gekehrt und einen Standpunkt eingenommen, der auch objektive Merkmale zur Unterscheidung von Mittäterschaft und Beihilfe heranziehen will.

Glaser endlich sieht in der Bestimmtheit oder Unbestimmtheit des Vorsatzes den Unterschied zwischen Täter und Gehilfen. Täter sei, so führt er aus, derjenige, der mit der Ueberzeugung und dem Vorsatz handele, daß durch seine Tätigkeit der verbrecherische Erfolg herbeigeführt werde. Den Gehilfen charakterisiere, daß ihm der verbrecherische Erfolg gleichgültig sei und er nicht mit Bestimmtheit erwarte, daß sich aus seiner Tätigkeit der verbrecherische Erfolg entwickeln werde.[14])

Vertreter der anderen subjektiven Theorie, der sog. Interessetheorie, ist Henke. Er will statt der herkömmlichen Bezeichnungen Urheber und Gehilfe lieber die Ausdrücke „vollkommener" und „unvollkommener Teilnehmer" angewandt wissen. „Der Begriff einer vollkommenen Teilnahme paßt auf alle diejenigen, die alle durch ein gleiches Interesse vereint ein und dasselbe Verbrechen hervorzubringen bezwecken, sollte das, was sie zur Verwirklichung dieser Absicht tun, auch von sehr ungleicher Art sein". Dagegen ist nach Henke unvollkommene Teilnahme vorhanden, wenn jemand die Verwirklichung eines Verbrechens mitbefördern hilft, vielleicht sogar eine Hilfe leistet, ohne die dem An-

[12]) Berner, Teilnahme, S. 207.
[13]) Berner, Teilnahme, S. 214 ff.
[14]) Glaser, Ger. S. 1864, S. 43—45.

deren die Vollbringung der Tat unmöglich wäre, er jedoch die Verwirklichung des Verbrechens nicht aus demselben Interesse will wie der Andere, wohl gar eine Tat mitbefördern hilft, ohne die vom eigentlichen Täter verfolgten Zwecke zu kennen.[15])

Aehnlich sagt Henke an anderer Stelle, daß es nicht auf die Art der Tätigkeit so sehr ankomme wie auf die Unmittelbarkeit oder Mittelbarkeit des Interesses an der Existenz des Verbrechens. Die Tätigkeit des vollkommenen Teilnehmers könne eine ganz untergeordnete Rolle spielen.[16]) Er brauche an der zur Hervorbringung des Verbrechens erforderlichen Haupthandlung gar keinen Anteil zu haben, ja sogar nicht einmal einen solchen Beistand zu leisten, der zur Verwirklichung des Verbrechens in derjenigen Gestalt, in der es verübt ist, unentbehrlich ist. Es genüge schon, wenn er mit unmittelbarem Interesse an der Hervorbringung des Verbrechens die Entstehung desselben auf irgend eine Weise befördere.[17])

Als Vertreter der Interessetheorie ist ferner Köstlin von Bedeutung. Nach seiner Ansicht ist im Begriff der Urheberschaft nicht nur enthalten, daß die Handlung im Kausalitätsverhältnis zu einem freien Subjekt steht, „sondern es liegt weiter auch noch dies darin, daß der Handelnde in seinem Handeln sich selbst Zweck sei, weil er, wenn er nicht sich, sondern einen Anderen als Zweck seines Handelns setzt, sich selbst zur bloß mittelbaren Ursache herab und den Anderen in das wahre Kausalitätsverhältnis setzt.[18])"

Gegenüber der Urheberschaft sieht Köstlin das Wesen der Beihilfe in dem vermittelten, von einem Anderen gesetzten Kausalitätsverhältnis.[19]) Der Gehilfe setzt sich selbst als bloßes Mittel für einen Anderen. Der Unterschied zwischen Beihilfe und Urheberschaft liegt nicht in der mehr oder minder vollkommenen Wirksamkeit für die objektive Hervorbringung des Verbrechens.[20]) Der Gehilfe kann sogar die Haupthandlung selbst begehen und gleichwohl Gehilfe blei-

---

[15]) Henke, S. 288 und 289.
[16]) Henke, S. 529.
[17]) Henke, S. 527.
[18]) Köstlin, Revision, S. 448, S. 471.
[19]) Köstlin, Revision, S. 449.
[20]) Köstlin, Revision, S. 465, S. 471.

ben, sobald er nur nicht aus unmittelbarem Interesse an der Begehung des Verbrechens handelt.[21])

Köstlin ist später von der Interessetheorie zur Dolustheorie übergeschwenkt. Von diesem seinem späteren Standpunkt aus ist Urheber derjenige, welcher aus freier Selbstbestimmung handelt und die verbrecherische Absicht als die seinige verwirklichen will. Demgegenüber ist Gehilfe, wer einen Anderen bei der Ausführung von dessen verbrecherischer Absicht nur unterstützen will.[22])

Endlich sei als Vertreter der Interessetheorie noch Geib genannt. Urheber sind nach ihm diejenigen, welche nicht nur körperlich und geistig zur Hervorbringung des Verbrechens tätig sind, sondern welche diese Hervorbringung zugleich als ihre Angelegenheit betreiben, d. h. das Verbrechen in eigenem Namen und Interesse zu bewirken suchen. Demgegenüber sind Gehilfen diejenigen, welche gleich den Urhebern für die Hervorbringung des Verbrechens tätig sind, und zwar im allgemeinen ohne Unterschied in Art und Umfang dieser Tätigkeit, welche aber dieses Tätigwerden lediglich als fremde Angelegenheit betreiben, d. h. welche nur die Absicht und das Interesse eines Anderen, des Urhebers, befördern wollen. Die Annahme fremden Interesses erscheint nach Geib unmöglich und durch die Tat selbst widerlegt, wenn der angebliche Gehilfe die das Verbrechen unmittelbar erzeugende Haupthandlung selbst vornimmt, in welchem Fall er schlechthin als Urheber zu betrachten ist.[23])

Zusammenfassend kann man den Inhalt der dolus-Theorie und der Interessetheorie wohl folgendermaßen wiedergeben: Nach der dolus-Theorie besteht der Unterschied zwischen Täterschaft und Beihilfe darin, daß der Täter das Verbrechen als eigenes vollbringen, der Gehilfe die Ausführung eines fremden Verbrechens aber nur unterstützen will. Nach der Interessetheorie unterscheidet sich der Täter vom Gehilfen dadurch, daß der Täter aus unmittelbarem Interesse das Verbrechen hervorbringen, der Gehilfe dagegen nur das Interesse eines Anderen befördern will.[24])

[21]) Köstlin, Revision, S. 470.
[22]) Köstlin, System, S. 256 ff.
[23]) Geib, S. 318.
[24]) vgl. dazu Perten, S. 45.

Ehe wir zu einer Kritik dieser beiden subjektiven Teilnahmetheorien übergehen, sind noch zwei andere auf subjektivem Boden stehende und außerordentlich bedeutungsvoll gewordene Meinungen eingehend wiederzugeben, die beide weder eine reine dolus-Theorie, noch eine reine Interessetheorie vertreten. Es sind die Ansichten v. Buris, wohl des bedeutendsten und zugleich eifrigsten Vertreters einer subjektiven Teilnahmetheorie, und die Ansicht des von v. Buri beeinflußten deutschen Reichsgerichts.

Die Grundlage für die Teilnahmetheorie von Buris ist seine Kausalitätslehre. Er hält es für unmöglich, aus der Reihe der zu einem Erfolg notwendigen Bedingungen eine Bedingung wegen ihrer besonderen Wichtigkeit als sog. Ursache herauszunehmen. Rein äußerlich betrachtet, mag die eine Bedingung für den Erfolg wirksamer als die andere Bedingung sein. Das ist jedoch nur ein relativer Unterschied und rechtlich unerheblich.[25]) Für den Gesamterfolg ist jede einzelne Bedingung gleich notwendig. Fehlt auch nur irgend eine von ihnen, so entfällt damit auch der Erfolg. Demgemäß sind alle Bedingungen nicht nur gleich notwendig, sondern auch gleichwertig.[26])

Alle Personen, die zu einem verbrecherischen Erfolg eine notwendige Bedingung setzen, sind daher hingesehen auf die Kausalität ihrer Mitwirkung Verursacher dieses Erfolges. Eine Unterscheidung nach objektiven Merkmalen zwischen der Täterschaft und Teilnahme sowohl als zwischen den einzelnen Teilnahmeformen ist nach v. Buri unmöglich. Da ein Unterschied aber gemacht werden muß, kann er nur auf subjektiver Seite gesucht werden.[27])

v. Buri sieht den Unterschied von Täter und Gehilfen zunächst nicht in der Verschiedenheit des Täter- und Gehilfendolus, der „formellen Absicht". Er lehnt vielmehr die Doulstheorie vorerst ab. Der Wille aller derjenigen, welche für einen verbrecherischen Erfolg tätig werden, sei auf Eintritt des Erfolges gerichtet, ihre formelle Absicht mithin an

[25]) v. Buri, Goltd. Arch. 17, 234.
[26]) v. Buri Ger. S., Bd. 37, Beilageheft, S. 39.
[27]) v. Buri ebenda und v. Buri, Beiträge, S. 69.

und für sich von gleicher Selbständigkeit und auch nicht dadurch verschieden, daß der Eine die Haupthandlung, der Andere nur eine geringere Tätigkeit begehen wolle. Die größere oder geringere Tätigkeit für den gleichmäßig gewollten Erfolg begründe nur einen relativen Unterschied unter den am Verbrechen beteiligten Personen.[28])

Der Unterschied zwischen Täter und Gehilfen läge vielmehr in der Verschiedenheit der „materiellen Absicht", des Zweckes und Interesses. Der Täter habe selbständige Zwecke im Auge, der Gehilfe finde seinen Zweck lediglich darin, sich zu bestreben, daß der Täter seinen Zweck erreiche. Der Gehilfe ordne somit seinen Zweck dem Zweck des Täters unter, und sein Wille werde dadurch in Ansehung der materiellen Absicht ein unselbständiger. Diese Eigenschaft der Unselbständigkeit der materiellen Absicht teile sich der formellen Absicht mit und mache auch diese zu einer unselbständigen. Diese Unselbständigkeit ziehe dann als Folge die geringere Strafbarkeit dieses Teilnehmers als eines bloßen Gehilfen nach sich, obwohl seine verbrecherische Tätigkeit nach ihrer objektiven Beschaffenheit von der des Urhebers nicht verschieden sei.[29])

Aehnlich, wenn auch etwas undeutlich im Sinn der Zwecktheorie, sagt v. Buri an anderer Stelle, der Gehilfe stelle die seinem Willen entsprungene Wirksamkeit lediglich zur Disposition des Urhebers, der Wille des Urhebers erscheine als der Hauptwille, der Wille des Gehilfen gewissermaßen als Nebenwille. Das Wesen des beihelfenden Willens sei hiernach ein eventuelles Wollen. Zwar könne auch der Urheber einen bedingten Willen haben, erkenne jedoch auch in diesem Fall einen seinen Willen beherrschenden anderen Willen nicht an, strebe vielmehr mit seiner Handlung unmittelbar sowohl nach dem primären als auch nach dem eventuell gewollten Ziel hin.[30])

v. Buri ist dieser Meinung nicht treu geblieben, indem er später immer mehr zur Unterscheidung von Täter und Gehilfen das Kriterium des verschiedenen Dolus heranzieht. Er

[28]) v. Buri . Zur Lehre von der Teilnahme an den Verbrechen und der Begünstigung 1860 (Teilnahme 1860) S. 4, vgl. auch S. 64; ferner v. Buri, Ger. S. 37, Beilageheft S. 40.
[29]) v. Buri, Teilnahme 1860, S. 4/5.
[30]) v. Buri, Goltd. Arch., Bd. 17, 236.

findet die Verschiedenheit des Täter- und Gehilfendolus darin, daß der Gehilfe den Erfolg nur für den Fall wolle, daß ihn der Täter wolle. Täter und Gehilfen unterscheide die Selbständigkeit des urheberischen und die Unselbständigkeit des beihelfenden Willens.[31]) Die Unterordnung des beihelfenden Willens unter den urheberischen habe aber nicht zur Folge, daß durch den urheberischen Willen bezw. die urheberische Tätigkeit erst der beihelfende Wille zur Strafbarkeit gelange. Vielmehr sei der beihelfende Wille als ein von vorneherein eventuelles Wollen auch schon von vorneherein in seiner Tätigkeit strafbar. Anderenfalls wäre sie überhaupt nicht strafbar, denn eine an sich straflose Handlung könne nicht durch das nachträgliche Handeln und Wollen eines Anderen in eine strafbare Handlung verwandelt werden.[32])

Als v. Buri zunächst die Zwecktheorie vertrat, hatte für ihn die Selbständigkeit der „formellen Absicht" zur Unterscheidung von Täterschaft und Beihilfe ebenfalls Bedeutung. Allein während damals die Unselbständigkeit des Gehilfenwillens, sein dolus eventualis, nur sekundäres Merkmal eben seiner Eigenschaft als Gehilfe war und erst bestimmt wurde durch die Unselbständigkeit seiner „materiellen Absicht", ist nach der späteren Auffassung v. Buris der dolus eventualis, die Unselbständigkeit des Willens, primäres Merkmal der Beihilfe.

Die Umkehrung der Bedeutung der „materiellen" und „formellen Absicht" für die Erkennung von Täterschaft und Beihilfe ist nach der neueren Meinung v. Buris jedoch nicht eine vollständige dadurch, daß die materielle Absicht als früher primäres Unterscheidungsmerkmal grundsätzlich jetzt wenigstens noch als sekundärer Erkenntnisfaktor von Bedeutung ist. Denn v. Buri sagt an einer Stelle seiner jüngeren Schriften deutlich, der Gehilfe könne sogar ein eigenes Interesse an der Herbeiführung des Erfolges haben, wenn hierdurch nur nicht das Sichunterordnen seines eigenen Willens unter den Willen des Urhebers in Wegfall komme.[33]) Das wäre aber der Fall, und jetzt gewinnt allerdings die „materielle Absicht" wenigstens als sekundäres Unter-

[31]) v. Buri, Die Kausalität u. ihre strafr. Beziehungen in Ger. S. 1885, Beilageheft, S. 41; vgl. v. Buri, Ueber Kausalität u. deren Verantwortung, S. 124 und 126.

[32]) v. Buri, Ueber Kausalität und deren Verantwortung, S. 126.

[33]) v. Buri, Ueber Kausalität u. deren Verantwortung, S. 127.

scheidungsmerkmal Bedeutung, wenn das selbständige Interesse des Gehilfen am Erfolg solche Bedeutung annähme, daß sein Wille nicht mehr den Willen des Urhebers in Aussicht nähme, vielmehr nur auf dessen Wirksamkeit reflektiere. Dann entspräche nämlich das Nichtwollen des Urhebers durchaus nicht dem Willen des Gehilfen, dieser Wille erscheine darum nicht mehr als untergeordneter, der Gehilfe werde hiermit selbst zum Urheber.[34])

Diese Ausführungen v. Buris sprechen u. E. deutlich dafür, daß er jetzt nur die „formelle Absicht" als grundsätzliches Unterscheidungsmerkmal zwischen Täterschaft und Beihilfe anerkennt, daß dagegen der „materiellen Absicht" des an einem Verbrechen Beteiligten diese grundsätzliche Bedeutung nicht zukommt. Im Widerspruch dazu bezeichnet v. Buri an anderem Ort das unselbständige Interesse des Gehilfen an der Verursachung des Verbrechens als zweites, und damit als zweites grundsätzliches Unterscheidungsmerkmal der Beihilfe.[35])

Was die Frage angeht, ob der Gehilfe auch die sog. Haupthandlung begehen kann, so findet sich hierüber in v. Buris zahlreichen Schriften folgendes. Für ihn, der den Unterschied der Täterschaft von der Beihilfe gänzlich auf subjektivem Gebiet sucht, ist es nur folgerichtig, wenn er sagt, daß dieselbe Tätigkeit je nach der inneren Einstellung des Handelnden diesen zum Urheber oder Gehilfen machen kann.[36]) Das ist für v. Buri auch nach seinem Uebertritt von der Zwecktheorie zur Dolustheorie noch feststehende Ansicht.[37])

Im Widerspruch scheint es uns zu stehen, wenn er immer wieder den Satz aufstellt, daß der Gehilfe nicht die Haupthandlung begehen dürfe.[38]) Indessen ergibt sich bei näherem Zusehen, daß der Widerspruch nur ein scheinbarer ist, denn v. Buri subjektiviert die sog. Haupthandlung. Nach seiner Meinung macht die Begehung der Haupthandlung — darunter versteht er diejenige Handlung, durch welche das Verbrechen aus dem Stadium des Versuchs zur Vollen-

[34]) v. Buri, Ueber Kausalität und deren Verantwortung, S. 127.
[35]) v. Buri, Ger. S. 1885, Beilageheft, S. 64.
[36]) v. Buri, Teilnahme 1860 S. 2.
[37]) vgl. v. Buri, Ger. S. 1885, Beilageheft S. 39.
[38]) z. B. von Buri, Abhandlungen aus dem Strafrecht S. 118; v. Buri, Ger. S. 1885, Beilageheft S. 40.

dung übergeführt wird[39]) — zum Täter, nicht wegen der objektiven Beschaffenheit der Tat, denn objektiv ist ja kein Unterschied zwischen Täter und Gehilfen festzustellen, sondern wegen des Willens, der sich in der Begehung der Haupthandlung ausspricht. Wenn der Gehilfe erwartet, daß sich an seine Tätigkeit eine urheberische anschließt, dann wird sein Wille zum herrschenden und unbedingten. Und ein solcher Fall liegt eben bei Begehung der Haupthandlung vor, denn hier erwartet der Gehilfe keine urheberische Tätigkeit mehr, ist damit selbst Urheber.[40])

Ausnahmsweise liegt nach v. Buri keine Urheberschaft trotz Begehung der Haupthandlung vor, wenn der Handelnde die Haupthandlung nicht als solche erkannte, wenn er in der irrigen Ueberzeugung die Haupthandlung beging, daß zur Herbeiführung des Erfolges noch eine zu der seinigen hinzutretende urheberische Tätigkeit erforderlich sei. Dann kommt der beihelfende Wille nicht in Wegfall.[41]) Entsprechend bleibt Täter, der irrtümlicher Weise die Haupthandlung zu begehen glaubt.[42])

Wenn wir die Ausführungen über von Buris Standpunkt in der Teilnahmelehre zusammenfassen, so ergibt sich etwa folgendes Bild. Täter wie Teilnehmer ist gemeinsam, daß sie zum verbrecherischen Erfolg eine nicht wegzudenkende Bedingung setzen. Da aber alle Bedingungen kausal gesehen gleich wertvoll sind, können Täter und Teilnehmer und die einzelnen Teilnahmeformen unter sich nicht nach objektiven, sondern nur nach subjektiven Merkmalen unterschieden werden. Und zwar liegt nach der älteren Auffassung von Buris das Unterscheidungsmerkmal zwischen Täter und Gehilfen bei der sog. „materiellen Absicht", dem Zweck und Interesse am Erfolg, während sich nach dem jüngeren Standpunkt von Buris Täter und Teilnehmer durch die sog. „formelle Absicht", d. h. dadurch unterscheiden, daß der Täter einen selbständigen, unbedingten Willen, der Gehilfe aber einen unselbständigen, bedingten Willen hat, den verbrecherischen Erfolg herbeizuführen.

---

[39]) v. Buri, Abhandlungen, S. 118.
[40]) v. Buri, Ueber Kausalität und deren Verantwortung, S. 126.
[41]) v. Buri, ebenda, S. 129.
[42]) von Buri, Ueber Kausalität und deren Verantwortung, S. 104.

Als ebenfalls außerordentlich bedeutungsvoll gewordenen Vertreter einer subjektiven Teilnahmetheorie nannten wir bereits das Deutsche Reichsgericht. Es ist von der Teilnahmelehre von Buris stark beeinflußt. Wie dieser, so geht auch unser höchster Gerichtshof zunächst davon aus, daß eine Unterscheidung von Bedingung und Ursache zu verwerfen ist, da alle Bedingungen, die für den Eintritt des verbrecherischen Erfolges conditio sine qua non sind, kausal gesehen gleichwertig sind, also jede conditio sine qua non Ursache des Erfolges ist. Das Reichsgericht glaubt damit, den Unterschied zwischen Mittäterschaft und Beihilfe nur auf subjektivem Boden finden zu können.[43])

Das Reichsgericht verlangt zur Mittäterschaft an äußeren Merkmalen, die nach seiner Ansicht allerdings, wie soeben dargelegt, nicht zur Abgrenzung gegenüber den echten Teilnahmeformen ausreichen, ein „Ausführen" entsprechend dem ausdrücklichen Erfordernis des Gesetzes in § 47 StGB. Dieses Wort „ausführen" faßt es sehr weit. Es begreift hierunter nicht etwa nur die Vornahme einer tatbestandsmäßigen Handlung im Sinne Belings. Vielmehr genügt, daß der Mittäter irgend etwas zum Erfolg beigetragen, in irgend einer Weise zur Ausführung des Deliktes mitgewirkt hat.[44])

Jedoch wird das Gebiet der „Ausführungshandlungen" objektiv in doppelter Weise eingeschränkt, damit in gewissem Maße aber auch der Satz, daß zwischen Mittäterschaft und Beihilfe objektiv nicht geschieden werden könne. Zunächst kann nur eine solche Tätigkeit eine Ausführungshandlung im Sinn des § 47 StGB. sein, die conditio sine qua non zum Erfolg ist.[45]) Dadurch unterscheidet sich die Mittäterschaft von einem Teil der nach Reichsgericht als Beihilfehandlungen anzusprechenden Tätigkeiten, die nicht kausal für den Erfolg gewesen sein müssen. Das Reichsgericht bezeichnet bekanntlich hin und wieder als vollendete Beihilfe auch solche Tätigkeiten, die die Haupthandlung unter-

[43]) Vergl. z. B. RGSt. Bd. 3., 181 (182); Bd. 5, 29 (31); Bd. 54, S. 349; Bd. 56, 343 (348).

[44]) Vgl. z. B. RGSt. Bd. 35, 13 (15); Bd. 26, 345 (346); Bd. 28, 304 (306); Bd. 53, 138; Bd. 56, 329/30; Bd. 57, 144 (145); Man vergl. ferner die bei Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme, § 91 aufgeführten Entscheidungen.

[45]) Vgl. z. B. RGSt. Bd. 26, 351 (352).

stützt haben, auch ohne auf den Erfolg von Einfluß gewesen zu sein.[46])

Weiterhin schränkt unser höchster Gerichtshof häufig die „Ausführungshandlungen" im Sinn des § 47 objektiv noch durch ein zeitliches Moment ein. Denn nach der von ihm vertretenen Ansicht können schon mangels objektiver Voraussetzungen für die Mittäterschaft eine solche niemals Handlungen begründen, die vor Beginn oder nach Beendigung der Ausführung der Tat vorgenommen werden. Mittäterhandlungen können nur solche sein, die zeitlich mit der Haupttat zusammenfallen.[47]) Bedauerlicherweise ist die Rechtsprechung in diesem Punkt nicht einheitlich. In einigen Urteilen soll schon die Vornahme von Vorbereitungshandlungen nach der objektiven Seite hin zur Mittäterschaft genügen können.[48])

Wir sehen, daß die objektiven Merkmale bei der Mittäterschaft dem Reichsgericht nicht gleichgültig sind. Die folgenden Ausführungen werden uns aber zeigen, daß sie als Unterscheidungsmerkmal gegenüber den übrigen Teilnahmeformen für das Reichsgericht ganz untergeordnete Bedeutung haben, und daß man deshalb mit Recht unseren höchsten Gerichtshof als Vertreter eines subjektiven Standpunktes in der Teilnahmelehre ansieht.

In den zahllosen Entscheidungen, in denen es galt, zu dem Problem des Unterschiedes von Mittäterschaft und Beihilfe Stellung zu nehmen, versteht das Reichsgericht regelmäßig unter einem Mittäter einen Teilnehmer (im weiteren Sinn), der die gemeinsam begangene Tat als seine eigene will, animo auctoris, im Gegensatz zum Gehilfen, der sie als eine fremde will, animo socii.[49]) Jedoch finden sich auch Entscheidungen, in denen hinsichtlich des Unterschiedes von Mittäter und Gehilfen darauf abgestellt ist, ob

---

[46]) RGSt. Bd. 6, 169 (170); Vgl. auch Bd. 13, 266.

[47]) Rspr. Bd. 3, 28; RGSt. Bd. 4, 177 (178); Bd. 14, 28/29. Vgl. auch die von Birkmeyer, Teilnahme, § 94 aufgeführten Entscheidungen.

[48]) Vgl. RGSt. Bd. 9, 75 (77); Bd. 53, 138; Bd. 56, 329 u. 330; Bd. 57, 144 (145); Bd. 58, 279.

[49]) Vgl. die bei Birkmeyer, Teilnahme, §§ 89 u. 90, und bei Suhr S. 67 Note 4 angeführten Entscheidungen, ferner RGSt. Bd. 53, 138; Bd. 54, 247 (248); Bd. 56, 329/30; Bd. 58, 279.

man lediglich in fremdem oder eigenem bezw. gemeinsamem Interesse tätig war, oder ob man auch den eigenen oder lediglich den fremden Vorteil im Auge hatte.[50])

Man kann darüber streiten, welche subjektive Teilnahmetheorie das Reichsgericht nun eigentlich vertritt. Man kann der Ansicht sein, daß die vorherrschende Formulierung, „Täter ist, wer die Tat als eigene, animo auctoris, will", nur scheinbar für die dolus-Theorie spricht, in Wirklichkeit aber in Verbindung mit den anderen Formulierungen für die Interessetheorie.[51]) Ebenso läßt sich aber die Behauptung aufstellen, daß das Reichsgericht eine reine Dolustheorie vertritt, selbst in den Entscheidungen, in denen auf das Interesse abgestellt ist, indem man nämlich die Auffassung vertritt, daß es dort in dem Interesse nur ein Indiz dafür sieht, daß der Beteiligte die Tat als eigene will und somit als Täter zu betrachten ist.[52]) Endlich kann man wohl auch des Glaubens sein, daß das Reichsgericht die beiden subjektiven Teilnahmetheorien als gleichwertig neben einander stellt.[53])

Hiermit sei die Wiedergabe von Meinungen, die in der Teilnahmelehre einen subjektiven Standpunkt vertreten, abgeschlossen. Zwar könnten noch viele namhafte Vertreter einer subjektiven Theorie angeführt werden. Allein es kann nicht unsere Aufgabe sein, sie alle zu Worte kommen zu lassen. Vielmehr gilt es in der vorliegenden Arbeit, unseren Standpunkt in der Teilnahmelehre darzustellen, um daran anschließend auf die Erörterung des Problems „Täterschaft mit Teilnehmervorsatz" übergehen zu können. Wir müssen uns daher darauf beschränken, nur die Hauptmeinungen in der Teilnahmelehre wiederzugeben, dazu allenfalls noch die Ansichten derjenigen Kriminalisten, die für die hier erörterten Probleme von besonderem Interesse sein dürften.

Was kann nun gegen die Richtigkeit eines subjektiven Standpunktes in der Teilnahmelehre angeführt werden? Zunächst, was spricht gegen die Richtigkeit der

[50]) Vgl. RGSt. Bd. 3, 273 (276); Bd. 9, 109 (110); Bd. 28, 164 (168); Rspr. Bd. 8, 474 (476 u. 477).
[51]) So v. Birkmeyer, Teilnahme S. 221—230.
[52]) So z. B. Suhr S. 67.
[53]) So z. B. Wuttig S. 67.

Dolustheorie, nach welcher, wie wir gesehen haben, der Unterschied zwischen Täterschaft und Beihilfe darin besteht, daß der Täter das Verbrechen als eigenes vollbringen, der Gehilfe die Ausführung eines fremden Verbrechens nur unterstützen will?

v. Buri hatte schon darauf hingewiesen, daß der Wille aller derjenigen, die für einen verbrecherischen Erfolg tätig werden, auf Begehung der Tat gerichtet ist,[54]) daß Urheber wie Gehilfe die Herbeiführung des verbrecherischen Erfolges wollen.[55]) Der dolus des Täters und des Gehilfen ist also in dieser Richtung nicht verschieden.[56])

Es geht aber auch nicht an, die Verschiedenheit des dolus darin zu sehen, daß der Täter die Absicht hat, Täter zu sein, der Gehilfe nur Gehilfe sein will. Hirsch weist mit Recht darauf hin, daß der strafrechtliche Wille immer nur auf eine bestimmte Handlung gerichtet sein kann. Es ist unmöglich, eine juristische Figur zu wollen. Man kann nur die Vornahme einer Handlung wollen, die sich dann später juristisch gesehen als Täter- oder Gehilfenhandlung oder als etwas ähnliches darstellt.[57])

Wenn, wie die Dolustheorie behauptet, ein Unterschied zwischen dem dolus des Täters und Gehilfen wirklich besteht (die Tat als eigene bezw. als fremde wollen), so kann er nur darin gesucht werden, daß der Täter mit seiner geplanten verbrecherischen Tätigkeit eine andere äußere Beziehung zur Tat setzen will, als der Gehilfe. Die nächste Folgerung hieraus ist die, daß eine Bestrafung nur möglich ist, wenn die Tat äußerlich auch so verläuft, wie Täter und Gehilfe sich vorgestellt haben. Die Tätigkeiten von Täter wie Gehilfen im Verhältnis zu einander müssen also sowohl in der Vorstellung wie in der Wirklichkeit objektiv verschieden aussehen.[58])

Wuttig meint, dies beweise die Unrichtigkeit des der subjektiven Theorie zugrunde liegenden Satzes, daß Täter und Gehilfe zwar etwas verschiedenes wollten, sich ihr Tun objektiv aber nicht unterscheide.[59]) Dem kann nicht ganz bei-

[54]) v. Buri, Teilnahme 1860 S. 4.
[55]) v. Buri, Goltd. Arch. 177 S. 233.
[56]) Vgl. Graf Bissingen S. 14.
[57]) Hirsch, S. 20 u. 21.
[58]) Vgl. Wuttig S. 71 u. 72.
[59]) Wuttig a. a. O.

gepflichtet werden. Denn die Leugnung eines Unterschiedes der objektiven Verbrechensmerkmale bezieht sich im Sinn der subjektiven Theorie doch wohl nur auf die kausale Bedeutung verschiedenen Tätigkeiten, die zu einem verbrecherischen Erfolg beigetragen haben. Auch dürfte die subjektive Theorie dem Einwand von Wuttig dadurch begegnen können, daß sie in dem objektiven Moment nur ein Kriterium für die allein maßgebende Beschaffenheit der subjektiven Seite sieht, daß sie also die objektive Verbrechensseite subjektiviert, wie es schon v. Buri getan hatte, um den Satz „Der Gehilfe darf die Haupthandlung nicht begehen" in Einklang mit seinem subjektivem Standpunkt zu bringen.[60]) Immerhin ist Wuttig zuzugeben, daß die Dolustheorie in der Fassung, in der sie allein verstanden werden kann, bei der Unterscheidung von Mittäterschaft und Beihilfe auf eine Unterscheidung auch nach objektiven Merkmalen nicht ganz verzichtet.

Gegen die Richtigkeit der Dolustheorie spricht ferner, daß sie diejenigen Fälle unberücksichtigt läßt, bei denen der Täter gar keine bestimmte äußere Beziehung zum verbrecherischen Erfolg will, weil er lediglich die Vorstellung von dem Eintritt des ihm vielleicht gleichgültigen oder sogar unerwünschten Erfolges hat.[61])

Auch die Formulierung der Dolustheorie von Buris, das Kriterium für Täterschaft liege in der Selbständigkeit des urheberischen Willens im Gegensatz zu dem unselbständigen Willen des Gehilfen, dessen dolus eventualis, kann nicht als befriedigend angesehen werden. Denn es ist denkbar, daß die beiden an einem Verbrechen Beteiligten nur dolus eventualis haben.[62]) Hier sind nur Gehilfen vorhanden, welche, da es einem Täter fehlt, nach geltendem Recht straflos ausgehen. In diesen Fällen versagt demnach die Theorie von Buris vollständig.[63])

Was kann nun gegen die Richtigkeit der zweiten subjektiven Teilnahmetheorie, der Interessetheorie, vorgebracht werden? Zunächst ist gegen sie zu sagen, daß unserem gel-

[60]) v. Buri, Ueber Kausalität und deren Verantw. S. 126.
[61]) So auch Wuttig S. 68 und 69.
[62]) Vgl. das Beispiel bei Götz S. 30.
[63]) Vgl. auch Suhr S. 53.

tenden Strafgesetzbuch grundsätzlich gleichgültig ist, aus welchem Zweck, Interesse, Motiv der Täter gehandelt hat.[64]) Nur in einigen wenigen, besonders genannten Fällen wird als besonderes Verbrechensmerkmal die auf Erreichung eines bestimmten Zweckes gerichtete Absicht aufgestellt.[65]) Im übrigen verlangt aber das Gesetz nur, daß eine strafbare Handlung vollbracht und gewollt ist.

Weiterhin muß gegen die Interessetheorie eingewandt werden, daß es ein Tätigwerden lediglich in fremdem Interesse überhaupt nicht gibt, daß vor allen Dingen niemand nur in fremdem Interesse eine strafbare Handlung begeht.[66]) Regelmäßig wird der Gehilfe um eines materiellen Vorteils willen tätig werden, häufig auch aus Rachsucht oder Schadenfreude.[67]) Zum mindesten aber findet der Gehilfe seinen Zweck darin, für seinen Genossen tätig zu werden,[68]) ihm einen Freundschaftsdienst zu erweisen.

Sofern man aber hierin keinen Selbstzweck des Gehilfen sieht und damit allgemein die Möglichkeit eines Handelns nur in fremdem Interesse bejaht, entsteht sofort eine neue Lücke der Interessetheorie in jenen Fällen, in denen alle zu einem Verbrechen Mitwirkenden lediglich deshalb tätig werden, um einem Dritten, der selbst an der Tat in keiner Weise beteiligt ist, einen Gefallen zu tun. Da die Tätigwerdenden ganz uneigennützig handeln, können sie nach der Interessetheorie nicht als Täter bezw. Mittäter bestraft werden, als Gehilfen nach geltendem Strafgesetzbuch aber nur, sofern ein Täter vorhanden ist. Ein solcher fehlt aber. Und damit kann also, obwohl die Tat vorsätzlich begangen wurde, niemand strafrechtlich verurteilt werden. Ein ganz unhaltbares Ergebnis.[69])

Diese unmöglichen Folgerungen werden auch nicht dadurch ganz beseitigt, daß man den Begriff des sog. „dolosen Werkzeugs"[70]) einführt und denjenigen, der den dolos, aber nur in fremdem Zweck Handelnden zu der Tat be-

[64]) Vgl. Beling, Gr. S. 93; Wuttig S. 74 u. 75; Forke S. 35; Freudenthal S. 37; Daniel S. 16; Hirsch S. 15.

[65]) Z. B. bei Diebstahl und Betrug.

[66]) Vgl. Birkmeyer Teilnahme S. 36 u. 37; Mayr S. 21; Wuttig S. 75.

[67]) Vgl. Forke 38.

[68]) Vgl. Wuttig a. a. O.

[69]) Vgl. Frank I S. 102; Beling Gr. S. 93; Suhr S. 52; Wuttig a. a. O.

[70]) Wovon später noch zu reden sein wird.

stimmt hat, als den eigentlichen Täter ansieht und als solchen bestraft, was zugleich die Möglichkeit bietet, den Tätigwerdenden als Gehilfen zu verurteilen. Auch hier bleiben immer noch die Fälle ungelöst, in denen der Handelnde unbeauftragt handelt, indem er irrtümlicher Weise glaubt, mit seinem Tätigwerden dem Wunsch eines anderen zu entsprechen. Hier muß es bei der Straflosigkeit bleiben.[71])

Ferner weist Beling treffend darauf hin, daß die subjektive Theorie logisch durchgeführt zu einer vollständigen Verschiebung des Begriffs der Anstiftung führen muß. Denn gerade der Anstifter ist doch an der Tat in erster Linie interessiert. Folgerichtig muß die Zwecktheorie ihn als den Täter, den Angestifteten als socius ansehen.[72])

Gegen die Interessetheorie spricht ferner, wie Frank[73]) zugegeben werden muß, der Wortlaut des § 216 StGB. Denn dort wird als Täter bestraft, wer einen anderen auf dessen ausdrücklichen Wunsch tötet, also ohne selbst ein Interesse an der Tötung zu haben.

Die Zwecktheorie wird auch nicht dadurch brauchbarer, daß man sagt, der Gehilfe verfolge zwar mit seiner Unstützungshandlung auch einen eigenen Zweck, werde aber vorzugsweise doch in fremdem Interesse tätig, der Täter in eigenem Interesse. Diese Formulierung macht eine scharfe Scheidung zwischen Täterschaft und Beihilfe unmöglich.[74])

Weniger gegen die Dolus- oder Interessetheorie im besonderen, als vielmehr allgemein gegen einen subjektiven Standpunkt in der Teilnahmelehre ist noch folgendes einzuwenden. Das Gesetz selbst spricht in keiner Weise für eine subjektive Unterscheidung. Es sagt nichts von einer Verschiedenheit der Willensrichtung. Es bezeichnet als Mittäter in § 47 diejenigen, welche „eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen", als Gehilfen in § 49 diejenigen, die „dem Täter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe geleistet haben." Ein unbefangener Leser wird die Ausdrücke „ausführen" und

[71]) Vgl. Beling Gr. S. 93 u. 94; Frank a. a. O.; Daniel S. 16 und 17.
[72]) Beling, ZStW. 28 S. 596.
[73]) Frank I S. 102.
[74]) Birkmeyer a. a. O. S. 37; Wuttig S. 75 u. 76.

„Hilfe leisten" nicht in subjektivem Sinn verstehen, sondern in ihnen nur Bezeichnungen für objektives Geschehen sehen können.[75])

Vielfach wird von Vertretern der subjektiven Theorie erklärt,[76]) die Motive zum Strafgesetzbuch ergäben, daß das Gesetz auf subjektivem Boden stände. In der Tat sprechen die Motive deutlich aus, daß das wesentlich entscheidende Moment nicht so sehr das Maß und die Bedeutung der Mtiwirkung zu der Tat bilden soll als vielmehr die Absicht, aus welcher sie entsprungen sind.[77]) Damit ist zwar durch die Motive die Bedeutung der subjektiven Merkmale für die Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme besonders hervorgehoben, aber doch nicht zugleich die subjektive Theorie als die einzig richtige erklärt.[78]) Ferner ist mit Bindung daran festzuhalten, daß nicht sowohl der Wille des Gesetzgebers als der Wille des Gesetzes selbst festzustellen ist, daß das Gesetz, sobald es veröffentlicht ist, frei ist von persönlichem Willen.[79]) Mögen daher die Motive für einen subjektiven Standpunkt sprechen, das Gesetz selbst spricht für einen objektiven.

Schließlich müssen neben diesen rein theoretischen Bedenken gegen eine subjektive Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme auch solche mehr praktischer Natur vorgebracht werden. Nach der subjektiven Theorie wird die Entscheidung über die Frage, ob Täter oder Gehilfe, und damit auch über die Frage, ob volle Täterstrafe oder die mildere Gehilfenstrafe, auf innere Vorgänge verlegt, die häufig ganz unkontrollierbar sind. Der Richter wird oft vor eine unerschwinglich hohe Aufgabe gestellt. Er kann Täterschaft oder Teilnahme nur dann als bewiesen ansehen, wenn äußere Merkmale, vor allem Aeußerungen, mit Sicherheit für das eine oder andere sprechen. Wo es aber hieran fehlt, kann er nach dem Satz in dubio pro reo nur wegen Beihilfe verurteilen und muß manchmal sogar wegen Fehlens eines

---

[75]) vgl. Allfeld, S. 217; Wachenfeld, S. 201; Beling, Gr. S. 93; Birkmeyer, Teilnahme, S. 84.
[76]) z. B. vom R. G. in R. G. St., Bd. 2, 160 (162).
[77]) vgl. Birkmeyer, Teilnahme, S. 86 u. 87.
[78]) vgl. Birkmeyer, a. a. O. S. 87; Riesenfeld, S. 43.
[79]) Binding, Handbuch d. Strafrechts, S. 456.

Täters auch von einer Verurteilung wegen dieser Beihilfe absehen.[80])

Wir haben im Vorhergehenden gesehen, daß alle Versuche, das Problem Täterschaft und Teilnahme auf rein subjektiver Grundlage zu lösen, als gescheitert betrachtet werden müssen, da sie zu unmöglichen Folgerungen führen. Es kann daher bei der Abgrenzung der Täterschaft von der Teilnahme und der einzelnen Teilnahmeformen von einander auf eine Unterscheidung mindestens auch nach objektiven Merkmalen nicht verzichtet werden.

(§ 7)

Die älteren objektiven Theorien.

Einer der ältesten Vertreter eines objektiven Standpunktes in der Teilnahmelehre ist Anselm von Feuerbach. Er ist wohl zugleich der erste, der die unbeholfenen Lehrsätze seiner Vorgänger zu einem System ausbaut und eine objektive Theorie aufstellt. Seine Lehre hat eine gewisse Entwicklung durchlaufen.

Zunächst bezeichnet er als Urheber denjenigen, „bei welchem die Rechtverletzung das unmittelbare Objekt der Wirksamkeit seiner Handlung ist", und als Gehilfe denjenigen, „bei welchem die Beförderung der auf die Rechtsverletzung unmittelbar gerichteten Handlung eines anderen das unmittelbare Objekt der Wirksamkeit seiner Handlung, die Rechtsverletzung also nur das mittelbare Objekt ist."[81]) In diese rein objekive Unterscheidung mischt Feuerbach aber ein subjektives Moment, indem er sagt: „Der Begriff des Autors setzt also voraus, daß er aus eigenem unmittelbarem Interesse an der Rechtsverletzung selbst die Begehung derselben wolle. Wer nicht aus diesem Interesse handelt, kann nicht als Urheber betrachtet werden."[82])

Diese Lehre Feuerbachs ist zunächst, wie man hieraus ersieht, unklar. Auch ist sie wenig folgerichtig, denn es kann nicht eingesehen werden, daß der Urheber als derjenige „bei

[80]) vgl. Forke, S. 38; Max Mayr, S. 22; Weinberg, S. 23.
[81]) Feuerbach, Revision, 2. T., S. 245; vgl. dazu Heimberger, S. 239.
[82]) Feuerbach, a. a. O.

welchem die Rechtsverletzung das unmittelbare Objekt der Wirksamkeit seiner Handlung ist," „also" aus eignem unmittelbarem Interesse an der Rechtsverletzung diese will. Er kann sehr wohl nur im Interesse eines anderen tätig geworden sein.

Weiterhin ist es nicht folgerichtig, wenn Feuerbach an anderer Stelle sagt, daß nicht nur derjenige als Urheber anzusehen ist, der das Verbrechen durch die unmittelbare Anwendung seiner physischen Kräfte hervorgebracht hat (der sog. auctor physice talis), sondern auch derjenige, welcher bloß, etwa durch Befehl und Auftrag, intellectueller Grund des Verbrechens ist (sog. auctor intellectualis).[83]) Denn letzterer mag ja die subjektive Seite der Täterschaft, das eigene unmittelbare Interesse an der Rechtsverletzung, erfüllen, jedenfalls aber wird er nicht unmittelbar für die Rechtsverletzung kausal, sondern nur mittelbar durch den auctor physice talis, und ist außerdem objektiv ja überhaupt nicht an der Rechtsverletzung selbst beteiligt.[84])

Später formuliert Feuerbach seine Ansicht folgendermaßen. Urheber, autor delicti, ist diejenige Person, in deren Willen und Handlung die hinreichende Ursache enthalten ist, welche das Verbrechen als eine Wirkung hervorbringt. Die Person kann eine unmittelbare oder mittelbare hinreichende Ursache setzen. Ersteres ist der Fall, wenn sie die Handlung, welche den Begriff des Verbrechens ausmacht, selbst begangen hat, (nach Feuerbach physischer Urheber oder auctor physice talis). Mittelbare Urheberschaft ist auf doppelte Weise möglich. Einmal durch absichtliche Bestimmung des Willens eines anderen zur Begehung des Verbrechens (direkter mittelbarer Urheber oder intellektueller Urheber), andermal durch absichtliche Hinwegräumung von Hindernissen, ohne welche die Begehung des Deliktes unmöglich gewesen wäre (indirekter mittelbarer Urheber, Hauptgehilfe, socius principalis).[85])

Nach Feuerbach ist Gehilfe, socius delicti, derjenige, welcher absichtlich an der Tat des Urhebers durch Handlungen (Nebenursachen) teilnimmt, „welche zwar für sich

[83]) Feuerbach, Revision, S. 252 u. 253.
[84]) vgl. ferner Heimberger, S. 240.
[85]) Feuerbach, Lehrbuch, S. 80.

betrachtet das Verbrechen nicht hervorbringen, aber durch Beförderung der Wirksamkeit des Urhebers zu dessen Entstehung mit beitragen."[86])

Gegen diese Lehre ist verschiedentlich[87]) schon mit Recht geltend gemacht worden, daß neben einer „hinreichenden Ursache" für eine andere Ursache kein Platz mehr ist, so daß die Tätigkeit des Gehilfen gar nicht kausal sein würde. Als Gehilfe kann aber nicht bestraft werden, wessen Tätigkeit nicht für den Erfolg conditio sine qua non ist. Ferner wird zutreffend gegen Feuerbach vorgebracht,[88]) daß der „Hauptgehilfe" als diejenige Unterart des Urhebers, die Hindernisse aus dem Weg räumt, welche notwendigerweise entfernt werden müssen, soll das Verbrechen gelingen, damit aber immer doch noch keine „hinreichende Ursache" zu Erfolg setzt. Endlich wird dann noch gegen die Richtigkeit der Lehre Feuerbachs überzeugend gesagt, daß sie zur Verneinung der Mittäterschaft führen muß. Denn wenn zwei Personen gemeinschaftlich ein Delikt ausführen, so setzen sie entweder nur zusammen eine „hinreichende Ursache", dann ist keiner von den beiden Täter, sondern beide sind nur Gehilfen, oder aber jeder von ihnen setzt eine „hinreichende Ursache", was aber undenkbar ist, denn das eine schließt das andere aus.[89])

Neben Feuerbach haben sich dessen Zeitgenossen Kleinschrod, Grolmann und Tittmann noch besonders um eine Unterscheidung von Täterschaft und Beihilfe bemüht, ohne allerdings die Bedeutung von Stübel und Luden in der Teilnahmelehre zu erreichen.

Nach Kleinschrod ist Urheber eines Verbrechens derjenige, der den hauptsächlichsten und notwendigen Grund für die Existenz des Verbrechens setzt und auf den alle Erfordernisse der Tat anwendbar sind; Urheber ist, wer die erste Ursache eines Deliktes ist. Dies kann man auf dreifache Art werden, erstens durch eigenhändiges Hervorbringen des Verbrechens, zweitens dadurch, daß man durch

[86]) Feuerbach, Lehrbuch, S. 83.
[87]) z. B. von Friedemann, S. 25; Hirsch, S. 8; Riesenfeld, S. 20. Suhr, S. 10; Heimberger, S. 247; Mintz, S. 16.
[88]) z. B. von Heimberger, S. 248; Suhr, Riesenfeld, Friedemann a. a. O.
[89]) vgl. Suhr, Friedemann, Riesenfeld, Hirsch a. a. O.

einen anderen, aber für seine Rechnung und auf seinen Namen, die Tat vollziehen läßt, drittens durch Veranlassung eines anderen, ein Delikt zu begehen.[90]) Als Gehilfen eines Verbrechens bezeichnet Kleinschrod denjenigen, „der es zwar nicht vorzüglich veranlaßt, sondern diejenige Missetat durch irgend eine Handlung befördert, die von einem anderen begangen wird." Der Gehilfe darf sogar die Haupttat mitvollziehen helfen, wird dadurch nicht Urheber, da er nicht den ersten, nicht den notwendigen Grund des Entstehens der Tat und damit Mittäterschaft.[92]) die Haupthandlung nicht allein ausführen.[91])

Diese Ausführungen Kleinschrods sind schon deshalb unrichtig, weil der Gehilfe ebenso wie der Urheber einen „notwendigen Grund der ganzen Existenz des Verbrechens" setzt. Ferner kann unmöglich derjenige, der zwar die Haupthandlung nicht allein ausführt, aber doch in ihr stark beteiligt ist, noch Gehilfe genannt werden, bloß weil er vielleicht nicht die erste Veranlassung des Deliktes gibt. Seine Mitwirkung geht weit über den Rahmen der Beförderung der Tat eines anderen hinaus, sie ist Mitausführung, notwendiger Grund der Existenz des Verbrechens setzt. Jedoch darf er

Nach Grolmann ist auctor bezw. coauctor derjenige, in dessen Handlung die Ursache der Rechtsverletzung allein oder doch ebenso gut wie in der Handlung eines anderen enthalten ist.[93]) Gehilfe ist nach ihm derjenige Teilnehmer, in dessen Handlung nicht die Ursache der Rechtsverletzung liegt.[94])

Aehnlich bezeichnet Tittmann als Urheber jeden, „in dem die Ursache zu dem Dasein des Verbrechens liegt", als Gehilfen denjenigen, der einen anderen bei der Tat unterstützt.[95])

Diese Formulierungen von Grolmann und Tittmann sind von vorneherein deshalb als unrichtig abzulehnen, weil, wie bereits oben gesagt wurde, nicht nur der Täter, der sog.

---

[90]) Kleinschrod, S. 257 u. 258.
[91]) Kleinschrod, S. 288 u. 289.
[92]) vgl. Heimberger, S. 233.
[93]) Grolmann, S. 30.
[94]) Grolmann, S. 33.
[95]) Tittmann, S. 200.

„Urheber", sondern auch der Gehilfe mit dem verbrecherischen Erfolg kausal verknüpft sein muß.

Stübel nennt Urheber diejenige Person, in der der Grund der Existenz des Verbrechens liegt.[96]) Er unterscheidet „nahe" und „entfernte Teilnahme". Erstere begründet ohne weiteres Urheberschaft. Unter sie fällt zunächst diejenige Teilnahmehandlung, die „einen Teil des Tatbestandes ausmacht",[97]) aber auch eine solche Handlung, die zur Zeit der Begehung des Verbrechens in der Absicht vorgenommen wird, „um eine zum gesetzlichen Begriffe eines Verbrechens erforderliche Tatsache zur Existenz zu bringen".[98]) Zur entfernten Teilnahme gehören solche Tätigkeiten, die vor oder nach der Vollbringung eines Verbrechens geschehen.[99]) Stübel teilt diese „entfernte Teilnahme" wieder ein in „volle" oder „Hauptteilnahme" und „nicht volle" oder „Nebenteilnahme", je nachdem sie notwendige Voraussetzung zum Gelingen des verbrecherischen Erfolges war oder nicht. Die „Hauptteilnahme" innerhalb der „entfernten Teilnahme" begründet ebenso Urheberschaft wie die „nahe Teilnahme".[100])

Nach dieser Formulierung bleibt also für die Beihilfe nur ein ganz kleines Gebiet übrig. Nämlich nur eine solche Tätigkeit könnte Beihilfe begründen, die vor oder nach Begehung des Deliktes vorgenommen wird und auf den Erfolg keinen Einfluß hat. Es ist aber einmal ungerecht, die Unterscheidung von Täterschaft und Beihilfe nach zeitlichen Momenten zu machen,[101]) andermal ist wieder für die Beihilfehandlung zu verlangen, daß sie conditio sine qua non des Erfolges ist wie jede urheberische Tätigkeit.

Stübel nimmt später einen etwas veränderten Standpunkt in der Teilnahmelehre ein. Nach dieser seiner späteren Ansicht ist jeder Täter bezw. Mittäter, der seine eigenen Kräfte zur Verübung eines Verbrechens verwendet und dadurch irgend etwas zum verbrecherischen Erfolg beiträgt,[102]) nicht ausgenommen derjenige, welcher vor der

[96]) Stübel, Tatbestand, S. 30.
[97]) Stübel, Tatbestand, S. 34.
[98]) Stübel, Tatbestand, S. 36.
[99]) Stübel, Tatbestand, S. 36.
[100]) Stübel, Tatbestand, S. 45.
[101]) vgl. Riesenfeld, S. 22 N. 3.
[102]) Stübel, Teilnahme, S. 85.

Vollbringung des Verbrechens an diesem durch Hilfeleistung Teilnehmer wird.[103]) Demnach besteht zwischen den einzelnen Arten der Mitwirkung an einem Delikt kein objektiver Unterschied. Und eine Unterscheidung nach subjektiven Merkmalen lehnt Stübel mit der Begründung ab, daß derjenige, welcher ein Verbrechen unterstützen wolle, damit mittelbar auch die Tat wolle und daß es darauf nicht ankomme, ob jemand ein Verbrechen mittelbar oder unmittelbar beabsichtige.[104])

Die Möglichkeit einer Beihilfe engt Stübel jetzt noch mehr ein, als er es schon in seiner ersten Schrift getan hatte. Beihilfe hat nur bei besonders gearteten Delikten Platz. Sie ist zunächst möglich bei denjenigen Delikten, zu deren Tatbestand eine gewisse Absicht oder ein gewisses persönliches Verhältnis zu einer anderen Person gehört. Der Teilnehmer, der jene nicht hat oder in diesem sich nicht befindet, ist nur Gehilfe, nicht Mittäter.[105]) Beihilfe ist ferner bei den Delikten möglich, deren sich eine einzige Person (wie z. B. bei der Selbstverstümmelung) oder eine gewisse Anzahl Personen (wie z. B. beim Zweikampf) schuldig machen kann. Derjenige Beteiligte, der die für ein Delikt bestimmte Anzahl von Teilnehmern durch sein Hinzukommen überschreitet, kann nicht Täter, sondern nur Gehilfe sein.[106]) Kurz, Gehilfe ist nur derjenige, der „das Verbrechen eines anderen befördert, dessen er sich nicht schuldig machen kann", mag seine Absicht auch auf Begehung des Verbrechens gerichtet sein.[107])

Es ist verständlich, daß diese zuletzt erwähnte Meinung Stübels nirgends Anklang finden konnte. Es geht vor allem nicht an, die Möglichkeit der Beihilfe nur bei gewissen Delikten zu bejahen, bei den anderen aber zu verneinen. Beihilfe kann grundsätzlich zu allen Delikten geleistet werden. Ferner ist die Ansicht abzulehnen, daß bei den strafbaren Handlungen, die nach Stübel nur Mittäterschaft, nicht auch Beihilfe zulassen, schon jede geringste Handlung, wenn sie nur in ursächlichem Zusammenhang mit dem Erfolg

---

[103]) Stübel, Teilnahme, S. 67.
[104]) Stübel, Teilnahme, S. 93 u. 94.
[105]) Stübel, Teilnahme, S. 85.
[106]) Stübel, Teilnahme, S. 88.
[107]) Stübel, Teilnahme, S. 95.

steht, Mittäterschaft begründet. Es wurde schon mehrfach betont, daß auch der Beihilfe eigen ist, conditio sine qua non des Erfolges zu sein. Wenn daher sich jemand an einem Delikt durch eine Handlung beteiligt, die zum Entstehen des Verbrechens notwendige Voraussetzung ist, so wird er dadurch noch keineswegs, wie Stübel meint, ohne weiteres Mittäter, sondern kann ebenso sehr auch nur Gehilfe sein.

Endlich sei noch Luden als bedeutender älterer Vertreter einer objektiven Teilnahmetheorie angeführt. Nach ihm besteht der Unterschied von Mittäterschaft und Beihilfe (von Luden auch Hauptteilnahme bezw. Nebenteilnahme genannt) darin, daß erstere bei Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg gegeben ist, während die Gehilfenhandlung nicht in diesem ursächlichen Zusammenhang steht.[108]) Der Grund dafür, daß der Gehilfe sich trotz des Fehlens der Kausalität strafbar macht, ist nach Luden darin zusehen, daß er sich den Entschluß des Täters aneignet und damit die aus demselben hervorgehende Tätigkeit zu der seinigen macht.[109]) Die Beihilfe ist milder als die Urheberschaft zu bestrafen.[110]) Gehilfen sind neben dem intellektuellen Teilnehmer diejenigen, deren Tätigkeit nicht in solchen Handlungen besteht, welche zur wirklichen Ausführung des Verbrechens gehören, ferner diejenigen, deren Handlungen sich auf das bereits begangene Verbrechen beziehen.[111])

Auffälligerweise stellt Luden neben diese objektive Unterscheidung von Täterschaft und Beihilfe noch eine subjektive. Indem er nämlich von der Aneignung des urheberischen Entschlusses redet, um damit die Strafbarkeit des Gehilfen trotz dessen fehlenden Kausalzusammenhangs mit dem Erfolg zu begründen, unterscheidet er eine mehrfache Art der Aneignung. Letztere kann zunächst eine wechselseitige sein, indem jeder von zwei Beteiligten sich den verbrecherischen Entschluß des anderen in wechselseitigem Einverständnis mit ihm aneignet und dadurch das von dem anderen zu begehende Verbrechen zu seinem eignen

---

[108]) Luden, Handbuch, S. 437 u. 438; Abhandlungen, S. 391 u. 392.
[109]) Luden, Abhandlungen, S. 349.
[110]) Luden, Abhandlungen, S. 370.
[111]) Luden, Abhandlungen, S. 367 ff.

macht.[112]) Die Aneignung kann ferner eine einseitige sein, indem nur einer von den Beteiligten sich den Entschluß des anderen aneignet und zwar ohne dessen Wissen.[113]) Die dritte Art der Aneignung ist die gegenseitige, die mit der wechselseitigen Aehnlichkeit hat, sich aber von ihr durch das Fehlen des wechselseitigen Einverständnisses unterscheidet.[114]) Bei der wechselseitigen Teilnahme nun machen sich alle solche Teilnehmer in gleichem Maße wie der Urheber strafbar.[115])

Luden sagt uns nicht, wie er sich eine Vereinigung dieser subjektiven Unterscheidungen von Mittäterschaft und Beihilfe mit der objektiven denkt. Daß er nicht, wie es vielleicht scheinen mag, einen vermittelnden Standpunkt in der Teilnahmelehre einnehmen will, ist sicher, da er die Möglichkeit einer Unterscheidung nach subjektiven Merkmalen ausdrücklich verneint.[116])

Diese Theorie von Luden teilt, wie man sieht, mit so manchen anderen Teilnahmetheorien den Fehler der Verneinung eines Kausalzusammenhang mit dem verbrecherischen Erfolg bei der Beihilfehandlung. Gegen sie ist u. a., wie auch schon von mehreren Seiten geschehen ist,[117]) noch einzuwenden, daß sie folgerichtig durchgeführt zur Verneinung der Beihilfe führen muß. Denn wenn die Strafbarkeit des Gehilfen ihren Grund darin findet, daß der Gehilfe sich den verbrecherischen Entschluß des Täters aneignet und damit das Verbrechen zu seinem eignen macht, so ist nicht einzusehen, warum er dann nicht auch als Mittäter bestraft wird.

Die älteren objektiven Teilnahmetheorien ziehen, wie wir gesehen haben, zur Unterscheidung von Täterschaft und Beihilfe nur objektive Momente heran (wie umgekehrt die subjektiven Theorien nur subjektive Merkmale) und lassen die subjektive Verbrechensseite vollständig unberücksichtigt. Daß sie damit das Entstehen subjektiver Theorien her-

112) Luden, Abhandlungen, S. 351 u. 352.
113) Luden, Abhandlungen, S. 360.
114) Luden, Abhandlungen, S. 361.
115) Luden, Abhandlungen, S. 371 u. 372.
116) Luden, Abhandlungen, S. 363 N. 1.
117) vgl. Hergt, S. 12 und Friedemann, S. 30.

aufbeschwören mußten, erscheint verständlich. Wir glauben, wie die subjektiven Teilnahmetheorien so auch die älteren objektiven Theorien wegen ihrer Einseitigkeit als nicht befriedigend ablehnen zu müssen.

(§ 8)

Die Vermittlungstheorien.

Ebenso wie auf anderen Gebieten des Strafrechts hat es auch in der Teilnahmelehre nicht an Versuchen gefehlt, zwischen den sich schroff gegenüberstehenden Theorien zu vermitteln. Im folgenden sollen Hälschner und Meyer als Vertreter einer solchen Vermittlungstheorie in der Teilnahmelehre zu Worte kommen.[118])

Hälschner geht wie v. Buri davon aus, daß alle Bedingungen eines Erfolges für diesen gleichen Wert haben, gleich notwendig sind.[119]) Da der Gehilfe genau wie der Täter in ursächlichem Verhältnis zu dem verbrecherischen Erfolg steht, hat er auch ebenso wie der Täter seine Mitwirkung zu verantworten. Jedoch ist die Verantwortlichkeit beider, weil sie mit ihrer Tätigkeit gleich kausal sind, damit doch nicht auch die gleiche. Vielmehr hängt es von der Absicht ab, die sie bei ihrem Tätigwerden haben, wie weit sie zur Verantwortung gezogen werden können.[120]) Der Täter beabsichtigt, das Verbrechen zu verüben, der Gehilfe dagegen hat diese Absicht nicht und will nur dem Täter bei der Verübung des Deliktes helfen. Er ordnet sich daher mit seiner Absicht dem Täter unter, indem er nur helfend tätig werden will, wenn der Täter das Verbrechen aus eigener freier Entschließung zu verüben beabsichtigt.[121])

Unvermeidlich nun zeigt sich die Verschiedenheit der Absicht auch in der Beschaffenheit der Handlung. Sie äußert sich darin, daß dem Täter die Begehungshandlung, dem Gehilfen die Unterstützungshandlung zufällt, womit zugleich auf die Verschiedenheit der Absicht zurückverwiesen wird, was bei einer Unterscheidung in Haupt- und Nebenhandlung

[118]) Im übrigen verweisen wir auf die Arbeiten von Forke, Mintz und Wuttig.
[119]) Hälschner, S. 227 ff.
[120]) Hälschner, S. 375.
[121]) Hälschner, S. 376.

weniger der Fall wäre.[122]) Dabei ist als Begehungshandlung diejenige Tätigkeit anzusehen, die alle zum gesetzlichen Tatbestand des Delikts erforderlichen Momente ergibt, während die Unterstützungshandlung des Gehilfen sie nicht ergeben darf.[123])

Für den Begriff der Mittäterschaft ist nach Hälschner wesentlich, daß die Tätigkeiten der Mittäter nicht nur mit dem Erfolg, sondern auch unter sich in ursächlichem Zusammenhang stehen.[124]) Den Mittäter unterscheidet wie den Täter vom Gehilfen die Gestaltung der Absicht, indem Mittäter wie Täter die Haupthandlung begehen wollen.[125]) Die Absicht der Mittäter tritt nach außen hin dadurch in Erscheinung, daß die Tätigkeit des Mittäters ein wesentliches Moment im gesetzlichen Tatbestand des betreffenden Delikts ergibt. Der Mittäter will nicht alle Tatbestandsmerkmale in seiner Person erfüllen, sondern nur ein wesentliches in der Voraussetzung, daß die fehlenden Tatbestandsmerkmale durch die Tätigkeit eines anderen ergänzt werden.[126]) Im Gegensatz zum Mittäter ist Gehilfe, wer nur eine unwesentliche Tätigkeit beabsichtigt und verübt.[127])

Nach der Ansicht von Hälschner darf also der Gehilfe keine Tatbestandsmerkmale erfüllen. Hieran scheitert Hälschners Theorie. Es ist zwar richtig, zu fordern, daß der Täter alle Tatbestandsmerkmale in seiner Person erfüllt und von den Mittätern jeder ein wesentliches und sie zusammen alle Tatbestandsmerkmale, nicht richtig ist es aber, vom Gehilfen zu verlangen, daß er keines erfüllen darf. Dies würde, wie Wuttig zuzugeben ist,[128]) dazu führen, daß z. B. bei einem Beamtenverbrechen jeder Beamte, der durch seine Tätigkeit mit dem unter Strafe gestellten Erfolg in ursächlicher Beziehung steht, nur Mittäter, Gehilfe an einem solchen Beamtendelikt aber nur ein Nichtbeamter sein kann. Im Gehilfen können daher sehr wohl Tatbestandsmerkmale erfüllt werden, wie weit allerdings ohne Verlust der Gehilfeneigenschaft, darüber wird noch an anderer Stelle zu reden sein.

122) Hälschner, S. 377.
123) Hälschner, S. 379.
124) Hälschner, S. 422.
125) Hälschner, S. 421.
126) Hälschner, S. 431.
127) Hälschner, S. 432.
128) Wuttig, S. 82.

Nach Hugo Meyer unterscheiden sich Mittäterschaft und Beihilfe stets in subjektiver Hinsicht, indem nämlich der Mittäter das Verbrechen selbst verüben will, während der Gehilfe die Verübung eines fremden Delikts nur zu fördern beabsichtigt.[129]) Objektiv besteht ein Unterschied zwischen Mittäterschaft und Beihilfe insofern, als es Handlungen gibt, die ausschließlich Beihilfe, und solche, die ausschließlich Mittäterschaft begründen.[130]) Der Mittäter muß eine, wenn auch noch so geringe, Ausführungshandlung begehen,[131]) d. h. eine solche Handlung, die sich nach ihrer allgemeinen Beschaffenheit als eine unumgängliche Bedingung des Erfolges darstellt.[132]) Der Gehilfe kann auch eine Handlung begehen, die ihrer Natur nach Ausführungshandlung ist, vorausgesetzt nur, daß er Gehilfendolus und nicht Täterdolus hat, und außerdem vorausgesetzt, daß er nicht die sog. Haupthandlung verübt, d. h. die Handlung, „durch welche ihrer Natur nach das Wesen der betreffenden Deliktsart erfüllt wird."[133])

Gegen die Richtigkeit dieser Theorie von Hugo Meyer macht v. Buri zutreffend geltend, daß die Definition der Ausführungshandlung als derjenigen Handlung, die nach ihrer allgemeinen Beschaffenheit unerläßliche Bedingung des Erfolges ist, zu unhaltbaren Ergebnissen führt, da z. B. im Fall der Tötung eines Menschen durch Erschießen auch dieses Erschießen nicht abstraktes Merkmal der Tötung ist, weil man auch ohne Erschießen töten kann.[134])

Gegen Hugo Meyer ist ferner noch ein Einwand zu machen. Er glaubt in gewissen Fällen nach objektiven Merkmalen die Mittäterschaft von der Beihilfe nicht unterscheiden zu können und daher allein den Unterschied in der Verschiedenheit des Willens sehen zu müssen. Wir sagten bereits bei den abschließenden Ausführungen über die subjektiven Theorien, daß auf eine Unterscheidung nach objektiven Merkmalen nicht verzichtet werden kann, da eine rein

[129]) Meyer, S. 235, S. 248 u. S. 250.
[130]) Meyer, S. 250.
[131]) Meyer, S. 235.
[132]) Meyer, S. 236 u. 207.
[133]) Meyer, S. 249 u. 250.
[134]) v. Buri, Beiträge, S. 440.

subjektive Abgrenzung der Mittäterschaft von der Beihilfe unmöglich ist. Dieser Einwand trifft daher auch Hugo Meyer.

Aehnlich Hälschner und Hugo Meyer sind auch die übrigen Vertreter der Vermittlungstheorie bemüht, die beiden großen Bestandteile eines jeden Verbrechens, die objektive und die subjektive Deliktsseite, im gleichen Maße für die Unterscheidung der Mittäterschaft von der Beihilfe zu verwerten.

Das Entstehen der Vermittlungstheorien war die notwendige Folge der ganz einseitig eingestellten subjektiven und älteren objektiven Teilnahmetheorien. Ihre Vertreter Hälschner und Meyer vermochten jedoch auch nicht das Problem in befriedigender Weise zu lösen. Eine befriedigende Lösung vom Standpunkt einer Vermittlungstheorie, die wie die oben angeführten in gleichem Maße und nebeneinander objektive und subjektive Merkmale zur Unterscheidung von Mittäterschaft und Beihilfe heranzieht, erscheint uns sogar allgemein als ein aussichtsloses Unterfangen. Wir glauben, daß sich objektive und subjektive Theorie gegenseitig ausschließen und darum nicht vereinigt werden können.[135]) Solange sich die Tätigkeit einer an einem Verbrechen beteiligten Person sowohl nach objektivem als auch subjektivem Maßstab als Mittäter-, bezw. Gehilfenhandlung darstellt, mag die Vermittlungstheorie noch angehen. Sie versagt aber in dem Fall, wo sich die Tätigkeit nach dem einen Maßstab als Mittäterhandlung kennzeichnet, nach dem anderen Maßstab aber als Gehilfenhandlung. Welcher Maßstab ist hier der maßgebende? Die Vermittlungstheorie muß daher in solchen Fällen doch wieder zu stärkerer Betonung der objektiven oder subjektiven Deliktsseite Zuflucht nehmen.[136])

(§ 9)

Die jüngeren objektiven Theorien.

Die Vermittlungstheorien bemühen sich, wie wir soeben sahen, unter Vermeidung der Einseitigkeit der subjektiven und älteren objektiven Theorien beiden Deliktsseiten

[135]) So auch M. E. Mayer, S. 403; Riesenfeld, S. 51; Friedemann, S. 62; Forke, S. 51 u. 52.

[136]) vgl. Hirsch, S. 26.

gerecht zu werden, ohne aber, und zwar wegen der gleichmäßigen Nebeneinanderstellung des objektiven und subjektiven Maßstabes, zu einer befriedigenden Lösung des Problems Mittäterschaft-Beihilfe zu gelangen. Die neueren objektiven Theorien betonen ebenfalls die Bedeutung sowohl der objektiven als auch der subjektiven Tatbestandsmerkmale für die Feststellung der Täterschaft und Teilnahme, fallen dabei aber nicht in den Fehler der bisher genannten Vermittlungstheorien.

Die jüngeren objektiven Theorien stellen nicht wie die Vermittlungstheorien einen objektiven Maßstab für die Lösung des Problems auf und daneben und unabhängig von dem objektiven Maßstab noch einen subjektiven, sondern sie gehen zunächst davon aus, daß entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes die Unterscheidung von Mittäterschaft und Beihilfe auf objektivem Boden anzusetzen hat. Dieser Grundsatz ist allen jüngeren objektiven Teilnahmetheorien gemeinsam. Im übrigen aber unterscheiden sie sich sofort je nach der Stellung zur Kausalitätsfrage in zwei große Gruppen. Die eine Gruppe, materiell-objektive Theorie genannt, sieht den objektiven Unterschied von Mittäterschaft und Beihilfe in einer Verschiedenheit der ursächlichen Wirksamkeit der Täter- und Gehilfenhandlung, die andere Gruppe, formal-objektive Theorie genannt, leugnet eine solche quantitative Unterscheidung und stellt dagegen eine qualitative auf.[137])

(§ 9a)

Die materiell-objektive Theorie.

Einer der bedeutendsten Vertreter der materiell-objektiven Theorie ist von Birkmeyer. Er geht davon aus, daß das Gesetz in dem Abschnitt über die Teilnahme auf eine Unterscheidung nach objektiven Merkmalen abstellt, indem es zur Mittäterschaft ein „gemeinschaftliches Ausführen", zur Anstiftung ein „Bestimmen" eines anderen zu einem Delikt, zur Beihilfe ein „Hilfe leisten" verlangt.[138]) Als „Ausführungshandlung" qualifiziert sich nach ihm diejenige Handlung, die als die Ursache des gesetzlich verbotenen Er-

[137]) vgl. u. a. M. E. Mayer, S. 388 N. 8; Beling, Gr. § 77; Daniel S. 19; Suhr, S. 34/35.

[138]) v. Birkmeyer, S. 90 in „Teilnahme".

folges zu betrachten ist.[139]) Mittäter sind danach diejenigen, welche gemeinsam die Ursache eines verbrecherischen Erfolges setzen.[140]) Die verursachende Handlung ist die gesetzliche Tatbestandshandlung des konkreten Verbrechens, jedoch nicht lediglich wegen ihrer formellen Verschiedenheit von anderen Handlungen, sondern wegen der materiellen Verschiedenheit der Täter- und Teilnehmerhandlung, wegen ihrer hervorragenden, eben der verursachenden Wirksamkeit.[141])

Die Frage nach der Mittäterschaft fällt daher mit der Frage der Verursachung zusammen. Birkmeyer leugnet die Gleichwertigkeit aller einzelnen Bedingungen für den Erfolg und hebt unter ihnen eine Bedingung als Ursache besonders hervor.[142]) Und zwar ist nach ihm Ursache diejenige der Bedingungen des Erfolges, welche zu dessen Hervorbringung mehr als die übrigen Bedingungen beigetragen hat; Ursache ist die für den Erfolg wirksamste Bedingung, die überwiegende Bedingung.[143])

Demnach ist nach von Birkmeyer Täter, wer die wirksamste oder die überwiegende Bedingung setzt. Haben sich an dieser mehrere Personen durch ihr Zusammenwirken beteiligt, so sind sie Mittäter.[144]) Demgegenüber setzt der Gehilfe von den Bedingungen, die zusammen den verbrecherischen Erfolg hervorbringen, nur eine untergeordnete. Der Gehilfe hat an der Ausführungshandlung keinen Anteil, er unterstützt sie nur.[145])

Liegt so nach v. Birkmeyer das unterscheidende Merkmal der verschiedenen Teilnahmeformen untereinander und gegenüber der Täterschaft auf der objektiven Seite, so vernachlässigt er aber doch nicht die Schuldseite. Für ihn besteht wie jede kriminelle Begangenschaft auch die Teilnahme aus einem objektiven und einem subjektiven Teil.[146]) Wie letzterer beschaffen sei, darauf weise, so führt er aus, schon das bisherige Ergebnis bezüglich der objektiven Seite der Teilnahme hin. Denn wenn auf der einen Seite jeder

139) v. Birkmeyer, Teilnahme, S. 95.
140) v. Birkmeyer, Teilnahme, S. 95/96.
141) v. Birkmeyer, Teilnahme, S. 96—98.
142) v. Birkmeyer, Ger. S. Bd. 37, S. 269 ff.
143) v. Birkmeyer, Ger. S. Bd. 37, S. 272 ff., Teilnahme S. 99.
144) v. Birkmeyer, Teilnahme, § 42.
145) v. Birkmeyer, Teilnahme, S. 112.
146) v. Birkmeyer, Teilnahme, S. 123.

echte Teilnehmer den verbrecherischen Erfolg nicht verursache, sondern nur eine Bedingung desselben setze, nur einen Teil des Gesamterfolges verursache, auf der anderen Seite das Strafgesetzbuch ihn aber wegen des ganzen durch das Zusammenwirken erzielten Erfolges bestrafe, so sei dies nicht anders denkbar, als daß er nach Ansicht des Gesetzes durch seine Verschuldung hinsichtlich des Gesamterfolges ergänze, was ihm an Verursachung abgehe.[147]) Solle dies der Fall sein, so müsse die Verschuldung des einzelnen Teilnehmers sich auf ein Dreifaches erstrecken: auf den Gesamterfolg, auf die eigne Tätigkeit für diesen und auf die Mitwirksamkeit der anderen Beteiligten.[148])

Gegen die Theorie von v. Birkmeyer erheben sich große Bedenken. Der Kernpunkt seiner Lehre besteht darin, daß der Gehilfe nur eine untergeordnete Bedingung des Erfolges setzt, der Täter dagegen die wirksamste und die Mittäter die ursächliche, d. h. die überwiegende Bedingung zusammen. Nun ist aber zu bedenken, daß die Mittäter für sich allein in der Regel auch wieder verschieden wirksame Bedingungen des Erfolges setzen, der eine Mittäter innerhalb der die Mittäterschaft begründenden ursächlichen Bedingung eine überwiegende, der andere Mittäter eine untergeordnete. Und letztere ist vielleicht für den Gesamterfolg nicht wirksamer als die Bedingung des Gehilfen. Trotzdem aber wird der zweite Mittäter höher bestraft als der Gehilfe.

Veranschaulichen wir uns dies an einem von v. Birkmeyer selbst gegebenen Zahlenbeispiel.[149]) v. Birkmeyer sagt folgendermaßen: „Der verpönte Erfolg sei gleich 12, seine Bedingungen gleich 7+3+2. Dann ist die 7 die überwiegende, die wirksamste Bedingung, also die Ursache des Erfolges im Sinne des Strafrechts. Besteht sie in einer menschlichen Handlung, dann ist diese die Ausführungs- und Tatbestandshandlung. Und haben sich nun an dieser mehrere beteiligt, etwa so: (3+4)+3+2=12, so haben die durch (3+4) Bezeichneten die Verursachung dieses Erfolges 12 zusammen gesetzt, das Verbrechen 12 gemeinschaftlich ausgeführt, sind also Mittäter."

---

[147]) Birkmeyer, Teilnahme, § 58.
[148]) Birkmeyer, Teilnahme, S. 127.
[149]) Birkmeyer, Teilnahme, § 42.

In diesem Zahlenbeispiel haben die Mittäter verschieden wirksame Bedingungen gesetzt, der eine 4 und der andere 3. Der letztere hat keine höhere Wirksamkeit für den Erfolg entfaltet als der erste Gehilfe, der auch mit 3 angegeben ist. Hier fehlt u. E. der innere Grund, die eine 3 durch Zusammenfassung mit der 4 in einer Klammer zur Mittäterschaft zu stempeln, die andere zur Beihilfe zu rechnen, denn beide Bedingungen sind gleich wirksam.[150])

Weiterhin ist gegen v. Birkmeyer einzuwenden, daß mangelnde Kausalität nicht durch Verschulden ergänzt werden kann. Grundvoraussetzung der Verantwortlichkeit ist Verursachung; dann erst kann die Frage nach der Verschuldung aufgeworfen werden.[151]) Die Ansicht von Birkmeyer müßte auch, wie zutreffend von Yamakawa und Riesenfeld[152]) eingewandt wird, zu folgendem führen. Da der Gehilfe, soll er für den Gesamterfolg zur Verantwortung gezogen werden, durch größeres Verschulden geringere Kausalität ergänzen muß, würden also, wenn wir an das Zahlenbeispiel denken, die Bedingungszahlen in umgekehrtem Verhältnis zu einander stehen wie die Verschuldungszahlen. Folgerichtig müßte der Gehilfe, weil er das größte Verschulden hat, härter bestraft werden als der Täter bezw. die Mittäter.

Wie man sieht, führt Birkmeyers Theorie zu unhaltbaren Folgerungen. Sie dürfte aber auch rein praktisch gesehen unverwertbar sein. Niemand ist in der Lage, mit Sicherheit die Stärke der Wirksamkeit der einzelnen zu einem Erfolg notwendigen Bedingungen anzugeben.[153]) Diese Schwierigkeit erkennt v. Birkmeyer an, meint aber dazu, die Richtigkeit eines Begriffes werde nicht dadurch berührt, daß einzelne Fälle bei der Subsumtion unter diesen Begriff Schwierigkeiten bereiteten. Das führe nur zu der Forderung, daß der Richter bei der Feststellung der Ursachenqualität nach freiem Ermessen entscheiden dürfe.[154]) Wir vermögen Birkmeyers Ansicht jedoch nicht zu teilen. Der

---

150) Dieser Einwand wird mit Recht immer wieder gemacht, vgl. nur Goetz, S. 20; Wuttig, S. 87; Yamakawa, S. 12 u. 13; Riesenfeld, S. 25, Schacht S. 24, Wilh. Meyer, S. 9 u. 10.

151) Vgl. Hilgemann, S. 18; Graf Bissingen, S. 33.

152) Yamakawa, S. 15; Riesenfeld, S. 25.

153) Vgl. Hilgemann, S. 18; Daniel, S. 23.

154) Birkmeyer, Ger. S. Bd. 37, S. 273 u. 274.

Richter wird nicht nur in Einzelfällen, im Gegenteil sehr häufig vor die große Aufgabe gestellt werden, unter mehreren fast gleich wirksamen Bedingungen die wirksamere festzustellen. Das Ergebnis seiner Erwägungen kann nur als ein unsicheres bezeichnet werden. Die Frage nach der Täterstrafe oder milderen Strafe des Gehilfen darf aber nicht von einem solch unsicheren Ergebnis abhängig gemacht werden.

Neben v. Birkmeyer gehört Binding zu den bedeutenderen Vertretern der materiell-objektiven Teilnahmetheorie. Auch er sieht im Täter den Verursacher des Erfolgs, während nach ihm der Gehilfe nur den Eintritt des Erfolges erleichternde Bedingungen setzt.[155]) Er bezeichnet die den Eintritt des Erfolges begünstigenden Umstände als zu ihm hinstrebende oder positive Bedingungen und die ihm ungünstigen Umstände als die abhaltenden oder negativen Bedingungen.[156]) Dementsprechend bedeutet für ihn „Verursachung die Herbeiführung des Uebergewichts der positiven über die negativen Bedingungen des Erfolgs durch den menschlichen Willen".[157]) Der Zustand des Gleichgewichts zwischen den positiven und negativen Bedingungen des Erfolgs ist der Zustand höchster Gefahr, nicht aber, wie man erwarten sollte, ein von der Gewißheit des Eintritts und des Nichteintritts des Erfolges gleich weit entfernter Zustand.[158])

Diese Theorie Bindings kann ebenso wenig anerkannt werden wie die von Birkmeyer. Gegen sie ist folgender Einwand zu erheben. Dem Gehilfen ist ebenso wie dem Täter, Mittäter und Anstifter eigen, zur Hervorbringung des verbrecherischen Erfolges eine Bedingung zu setzen, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß auch zugleich der Erfolg entfiele. Wenn nun ein Täter und ein Gehilfe an der Begehung eines Deliktes beteiligt sind, so kann ersterer noch so stark zu Erreichung des gesteckten Zieles tätig werden, er wird ohne den Gehilfen nur ein Stück auf dem Wege des Erfolgs vorwärts kommen. Die Kette ist noch nicht geschlossen, weil noch ein Glied in der Kette fehlt, nämlich das des Gehilfen als einer conditio sine qua non. Setzt der

[155]) Binding, Normen 2,2, S. 903.
[156]) Binding, Normen, 2,1, S. 491.
[157]) Binding, Normen, 2,1, S. 492.
[158]) Binding, Normen, 1, S. 120.

Gehilfe diese conditio sine qua non, so setzt er also auch damit eine positive Bedingung für den Eintritt des Erfolges. Er trägt demnach genau so wie der Täter dazu bei, daß ein Uebergewicht der positiven Bedingungen über die negativen entsteht.

Die unmittelbare Ueberführung des Gleichgewichtszustandes in den Zustand des Uebergewichts der positiven Bedingungen geschieht zwar, wie v. Buri mit Recht ausführt, durch die letzte, dem Eintritt des entstandenen Erfolges unmittelbar vorausgehende Wirksamkeit.[159]) Mit einigem Recht kann man aber auch von jeder anderen als der letzten conditio sine qua non, von jeder positiven Bedingung, eben weil sie dazu beiträgt, daß ein Uebergewicht überhaupt entstehen kann, behaupten, daß sie das Uebergewicht der positiven Bedingungen über die negativen herbeiführe.[160]) Daher ist es entgegen Binding unmöglich, den Täter von Gehilfen dadurch zu unterscheiden, daß nur ersterer das Uebergewicht der positiven Bedingungen herbeiführt, weil dies auch für den Gehilfen zutrifft.

Um die Folgerung abzuschneiden, daß jede conditio sine qua non das Uebergewicht herbeiführt, kann Binding seine Meinung auch nicht dahin fassen, daß ursächliche Bedingung nur diejenige ist, die unmittelbar das Uebergewicht herbeiführt, also nur die letzte Bedingung. Hiergegen wendet sich v. Buri überzeugend mit dem Einwand, daß dieser Satz uns im Stich läßt, wenn sich mehrere Kräfte gleichzeitig als letzte zur Geltung bringen, vor allem aber, wenn auf vorausgegangene dolose Wirkungen als letzte zum Erfolg eine fahrlässige oder ganz unverschuldete folgt. Denn unabhängig von der Frage des Verschuldens, so sagt v. Buri weiter, bleibe die letzte Bedingung die ursächliche, ein Täter aber fehle mangels Vorsatzes und folglich aus Gründen der Akzessorietät ein Gehilfe.[161])

Außer v. Birkmeyer und Binding könnten noch mehrere klangvolle Namen als Vertreter der materiell-objektiven Theorie angeführt werden. Allein einmal würde es über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, wollten wir sie alle zu

[159]) v. Buri, Beiträge, S. 367; vgl. auch Winter, S. 9; Brümmerstädt, S. 22.
[160]) So auch Perten, S. 23.
[161]) v. Buri, Beiträge, S. 367.

Worte kommen lassen. Andermal könnten auch ihre Ansichten ebenso wenig wie die der Vorgenannten befriedigen, und zwar aus grundsätzlichen Bedenken gegen eine Unterscheidung von Mittäterschaft und Beihilfe nach quantitativen Unterschieden ihrer Mitwirksamkeit zum Erfolg.

Bei der Darstellung der subjektiven Teilnahmetheorie von Buris führten wir aus, daß er es für unmöglich hält, aus der Reihe der zu einem Erfolg notwendigen Bedingungen eine Bedingung besonders als Ursache herauszunehmen, weil jede conditio sine qua non für den Gesamterfolg gleich notwendig ist. Diese Anschauung ist in der Tat als richtig anzuerkennen. Mag die eine Bedingung als wesentlicher für den Erfolg erscheinen als die andere Bedingung, kausal gesehen sind beide gleichwertig. Die Ansicht von der kausalen Gleichwertigkeit aller Bedingungen (sog. Bedingungs- oder Aequivalenztheorie) wird denn auch nicht nur von v. Buri und dem von ihm beeinflußten Reichsgericht, wenigstens soweit es sich um die Strafsenate handelt,[162]) vertreten, sondern ist überwiegende Meinung in der Literatur.[163]) Auf Grund unserer Anerkennung der kausalen Gleichwertigkeit aller notwendigen Bedingungen gelangen wir zu der Folgerung, daß entgegen dem materiell-objektiven Standpunkt in der Teilnahmelehre die Möglichkeit einer Unterscheidung von Täterschaft und Beihilfe nach quantitativen Unterschieden der Kausalität zu verneinen ist.

(§ 9b)

Die formal-objektive Theorie.

In der richtigen Erkenntnis, daß der Unterschied zwischen Täterschaft und Teilnahme ein objektiver ist, aber nicht in einem quantitativen Unterschied der einzelnen Mitwirkungen zu einem unter Strafe gestellten Erfolg gesucht werden kann, sieht sich die sog. formal-objektive Theorie gezwungen, nach anderen objektiven Unterscheidungsmerkmalen zu suchen und findet die Unterscheidung in mehr oder minder formal bestimmten, damit aber doch qualitativ gefaßten Merkmalen.

---

[162]) vgl. nur R. G. St. Bd. 5, S. 31; Bd. 54, S. 349.

[163]) vgl. Mezger, Dt. Strafr. Ztg. 1921, S. 205; v. Liszt § 29; Gerland, S. 91; Beling, Gr. S. 29; van Calker, Gr. S. 22; Finger, S. 275; M. E. Mayer, S. 389; Majer, S. 2 u. 3; Ibach, S. 11; Hermes, S. 13; Brümmerstädt, S. 34 und viele andere.

Sie stimmt mit der subjektiven Theorie darin überein, daß alle Bedingungen eines Erfolges gleichwertig sind. Diese Gleichwertigkeit besteht für sie aber nur in erkenntnistheoretischer, d. h. kausaler Beziehung, womit nach ihr noch nicht gesagt ist, daß hiermit auch alle Bedingungen juristisch gleichen Wert haben. v. Buri und das Reichsgericht leiten aus der kausalen Gleichwertigkeit aller Bedingungen die Unmöglichkeit einer objektiven Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme ab. Die formal-objektive Theorie hält diese Folgerung für falsch. Für sie schließt die kausale Gleichwertigkeit aller Bedingungen nicht die Möglichkeit aus, in anderer Beziehung objektive Unterschiede zu machen. Sie verkennt, wenigstens gilt dies für ihre jüngeren Vertreter, nicht den Unterschied zwischen erkenntnistheoretischer (kausaler) und juristisch-normativer Betrachtung.[164])

Diese Verkennung eines Unterschiedes kausaler und wertender Betrachtung findet sich trotz Einnahme eines formal-objektiven Standpunktes auch in den früheren Auflagen seines Lehrbuches bei v. Liszt. Er leitet aus der kausalen Gleichwertigkeit aller Bedingungen die Unmöglichkeit einer begrifflichen Unterscheidung zwischen den einzelnen Bedingungen ab und hält nur ihre verschiedene Bestrafung innerhalb desselben Strafrahmens für gerechtfertigt.[165])

Neuerdings aber wird, und zwar unter dem jetzigen Herausgeber des Lehrbuchs Eberhard Schmidt, folgender Standpunkt vertreten. Das geltende Strafgesetzbuch habe aus der kausalen Gleichwertigkeit aller Bedingungen nicht die Folgerung gezogen, daß jeder, der eine Bedingung gleich Ursache des Erfolges setzt, als Täter anzusehen und demgemäß als solcher auch für die Verwirklichung des Tatbestandes einzustehen habe, sofern es an Rechtswidrigkeit und Schuld nicht fehle.[166]) Vielmehr mache es ohne Leugnung der logisch-erkenntnistheoretischen Gleichwertigkeit aller zu einem Erfolg gesetzten Bedingungen in der rechtlichen Wertung zwischen den einzelnen zu einem Erfolg mit-

---

[164]) vgl. Mezger, Dt. Strafr. Ztg. 1921, S. 205; v. Liszt, S. 309 N. 1.
[165]) v. Liszt a. a. O.
[166]) v. Liszt, S. 309.

wirkenden Betätigungsweisen Unterschiede. Es sondere die Ursachsetzung des Täters von der des Teilnehmers und stelle die Täterschaft der Anstiftung und Beihilfe unter dem Gesichtspunkt verschiedenartiger rechtlicher Wertung begrifflich scharf gegenüber.[167])

Was die einzelnen Beteiligungsformen angeht, so wird bei Liszt-Schmidt unter Täterschaft die Begehung der Ausführungshandlung verstanden. „Täter ist derjenige, der die Ausführungshandlung rechtswidrig und schuldhaft allein ausführt, den gesetzlichen Tatbestand des Verbrechens allein verwirklicht." Als Ausführungshandlung ist diejenige Tätigkeit zu betrachten, die durch das im einzelnen Gesetz gebrauchte Verbum gekennzeichnet wird.[168])

Mittäterschaft wird durch Begehung der Ausführungshandlung in bewußtem Zusammenwirken mit anderen begründet. Das objektive Merkmal der Mittäterschaft besteht in der Beteiligung an der Ausführungshandlung. Bei den sog. zusammengesetzten Verbrechen genügt es objektiv zur Mittäterschaft, wenn der Mittäter auch nur eine der das Verbrechen bildenden Ausführungshandlungen begeht.[169]) Subjektiv ist zur Mittäterschaft Vorsatz erforderlich, und zwar muß dieser die Kenntnis der Verbrechensmerkmale sowie das Bewußtsein des Zusammenwirkens mit den übrigen Mittätern umfassen. Die Mittäterschaft ist keine Teilnahmeform, sondern selbständige Täterschaft.[170])

Im Gegensatz zur Mittäterschaft ist nach Liszt-Schmidt Beihilfe „die vorsätzliche Unterstützung eines anderen bei dem von ihm begangenen vorsätzlichen Verbrechen oder Vergehen."[171]) Objektiv ist zu ihr das Setzen einer Bedingung zu dem Erfolg erforderlich. Die Unterstützung kann eine physische oder psychische sein, darf sich aber nicht als Teil der Ausführungshandlung darstellen. Subjektiv gehört zur Beihilfe Vorsatz, der die Vorstellung der eigenen Handlung, die der Handlung eines anderen und die Vorstellung, daß diese Handlung durch jene unterstützt werde, umfassen muß. Die Beihilfe ist unselbständige Teil-

[167]) v. Liszt-Schmidt, S. 310.
[168]) v. Liszt-Schmidt, S. 315.
[169]) v. Liszt-Schmidt, S. 322.
[170]) v. Liszt-Schmidt, S. 323.
[171]) v. Liszt-Schmidt, S. 326.

nahme an der Tat eines anderen und setzt daher eine rechtswidrige und schuldhafte Straftat des Täters voraus.[172])

Die Formulierung der Begriffe Täterschaft, Mittäterschaft und Beihilfe, die bei v. Liszt zu finden ist, wird ganz ähnlich noch von vielen anderen gegeben,[173]) sodaß es sich erübrigt, die einzelnen Meinungen wiederzugeben. Von Interesse dürfte dagegen eine genaue Darstellung der Ansicht sein, die von Beling, neben von Liszt einer der bedeutendsten Vertreter der formal-objektiven Theorie, in der Teilnahmelehre einnimmt.

Im ersten Teil der vorliegenden Arbeit hatten wir dargelegt, daß nicht jede „Handlung" gleich einer menschlichen freigewollten Tätigkeit, sofern Rechtswidrigkeit und Schuld hinzutreten, eine strafbare Handlung, ein Delikt ist, daß ihr vielmehr noch die Eigenschaft der „Tatbestandsmäßigkeit" anhaften muß. Wir verstanden im Anschluß an Beling, (der bekanntlich für den Begriff „Tatbestandsmäßigkeit" auch die Ausdrücke „Typizität", „besonderer Tatbestand", „gesetzlicher Tatbestand" oder einfach „Tatbestand" verwendet im Gegensatz zum „allgemeinen Verbrechenstatbestand"[174]) unter einer „tatbestandsmäßigen" Handlung eine solche, welche dem äußeren Tatbild, das die einzelnen Verbrechensarten charakterisiert, entspricht, eine solche Handlung, die nach dem natürlichen Sprachgebrauch als diejenige Tätigkeit angesehen werden muß, von der der Gesetzgeber in den einzelnen „allgemeinen Verbrechenstatbeständen"[175]) durch ein diesem charakteristisches Zeitwort spricht.

Beling nun, der, wie schon gesagt, zum ersten Mal die „Tatbestandsmäßigkeit" als wichtiges Verbrechensmerkmal" aufgestellt hat, verwendet diesen Begriff, wie es nicht anders erwartet werden kann, auch für die Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme und im besonderen für die Abgrenzung der Mittäterschaft von der Beihilfe. Er beschränkt

---

172) v. Liszt-Schmidt, S. 327.
173) vgl. z. B. Finger § 67 u. § 69; Allfeld § 38 u. 40; M. E. Mayer, S. 403; van Calker, Gr. § 17; Schreiber, S. 12 ff.; Dreyer, S. 20 ff.; Daniel, S. 24 ff.
174) vgl. v. Beling, Gr. S. 18, L. v. V. § 4.
175) „Allgemeiner Verbrechenstatbestand" im Sinne Belings.

die Anwendbarkeit des Begriffes „Tatbestandsmäßigkeit" oder einfach „Tatbestand" nicht auf den Besonderen Teil des Strafgesetzbuches, sondern wendet ihn auch innerhalb der allgemeinen Lehren des Strafgesetzes an, muß ihn ja auch hierauf ausdehnen wegen der wechselseitigen Beziehungen, in denen Allgemeiner und Besonderer Teil des Strafgesetzbuches stehen.

Nach Beling bestimmt und begrenzt die Gesamtheit der Verbrechensmerkmale den Umfang des Verbrechenstypus.[176]) Die Momente, die außerhalb liegen, gehören nicht zum Typus, zum eigentlichen Tatbestand, können aber dennoch zu ihm in der Weise gehören, „daß sie ihm notwendig als Anhängsel angegliedert werden müssen, weil sie vom Tatbestand mitbeherrscht werden." Sie bilden mit dem Tatbestand ein Ganzes, da sie sozusagen noch in seine Interessensphäre hineinfallen. Dadurch tritt neben den eigentlichen oder engeren Tatbestand, den Tatbestandskern, noch eine Außenzone, die mit dem Kern zusammen den weiteren Tatbestand bildet.[177])

Zur Außenzone gehören zunächst die Vorbereitungshandlungen, die grundsätzlich selbst jeder Typizität entbehren, ferner auch gewisse der Vollendung der Tat nachfolgende Handlungen, die sog. „Nachhandlungen".[178]) Endlich gibt es neben dem Tatbestandskern noch eine seitliche Außenzone. Denn gleichzeitig mit der Tatbestandsverwirklichung — und in der Gleichzeitigkeit liegt der Unterschied sowohl von den Vorbereitungs- als auch den Nachhandlungen — können sich Handlungen verbinden, die sich zwar nicht als Tatbestandsverwirklichung darstellen, aber mit ihr zusammenhängen und zu ihr mit beitragen. Beling nennt diese der seitlichen Außenzone angehörigen Handlungen „Nebenhandlungen".[179])

Hiermit ist über den Begriff „Ausführung" in § 47 St. G. B. Klarheit gewonnen. Unter „Ausführung" ist die Verwirklichung des Tatbestandskernes zu verstehen im Gegensatz zur Vornahme von Vorbereitungs-, Nach- und Nebenhandlungen. Sie ist nicht identisch mit Setzen der „Ursache", und die Vornahme einer in die Außenzone gehören-

[176]) Beling, L. v. V., S. 245.
[177]) L. v. V., S. 246.
[178]) L. v. V., S. 246 u. 247.
[179]) L. v. V., S. 248 u. 249.

den Handlung ist nicht Setzen einer „Bedingung".[180]) Denn „Ursache" und „Bedingung" sind kausal gleichwertig, sodaß auch die Vor- und Nebenhandlungen als Ursache zum Erfolg anzusehen sind. Der Unterschied liegt nicht auf kausalem Gebiet, sondern im Bereich des Tatbestandes. Die einzelnen Bedingungen eines Erfolges sind nicht auf ihre kausale Kraft zu untersuchen, sondern darauf, ob sie in den engeren Tatbestand oder in dessen Außenzone gehören.[181])

Als Kriterium dafür, ob eine Handlung zum engeren Tatbestand, zum Tatbestandskern gehört, oder ob sie in dessen Außenzone hineinfällt, dient nach Beling der Sprachgebrauch. Läßt sich von einer Handlung auch ohne Hinzunahme sonstiger schuldhafter Handlungen ohne weiteres sagen, daß sie den „Tatbestand" erfüllt, so ist sie „Ausführungshandlung" im Sinne des § 47 St. G. B. Erscheint sie nicht als solche und gewinnt nur tatbestandlichen Charakter durch Ergänzung seitens einer anderen schuldhaften Handlung, so gehört sie in die Außenzone.[182])

Zum Unterschied von der Täterschaft, welche Verwirklichung aller Bestandteile des Tatbestandskernes durch den Alleintäter erfordert, genügt zur Mittäterschaft bei den tatbestandlich zusammengesetzten Delikten schon die Verwirklichung des ersten der Bestandteile; und diese fällt nicht in die Vorzone.[183]) Mittäterschaft ist gemeinsame „Ausführung", d. h. Vornahme von Handlungen, die dem Tatbestandskern zugehören, Beteiligung am engeren Tatbestand.[184]) Demgegenüber ist Beihilfe die Vornahme von Vorbereitungs- oder Nebenhandlungen für die tatbestandsmäßige Handlung eines anderen.[185]) Gehilfe ist, wer „die haupttäterische Tatbestandsverwirklichung durch solche Handlungen gefördert hat, die nicht unmittelbar dem betreffenden Verbrechenstypus entsprechen."[186])

Zeigt sich nach Beling der Unterschied zwischen Täterschaft und Teilnahme und im besonderen zwischen Mittäterschaft und Beihilfe klar und deutlich auf objektivem Gebiet,

---

180) Beling, L. v. V., S. 249.
181) Beling, L. v. V., S. 250; vgl. auch Gr., S. 29.
182) Beling, L. v. V., S. 250.
183) Beling, L. v. V., S. 252.
184) Beling, L. v. V., S. 397; Gr. S. 103.
185) Beling, L. v. V., S. 397.
186) Beling, Gr., S. 92.

so vernachlässigt er aber doch nicht die subjektive Verbrechensseite. Alle objektiv erforderlichen Verbrechensmerkmale einschließlich Rechtswidrigkeit müssen von der Schuld umschlossen sein.[187]) Der Vorsatz des Täters richtet sich auf die „Ausführung" als der Verwirklichung des Tatbestandskernes.[188]) Für den Mittäter gilt dasselbe, jedoch mit dem Zusatz, daß sein Wissen auch die Täterschaft des anderen Mittäters umfassen muß.[189]) Der Vorsatz des Gehilfen ist auf eine bloße Vorbereitungs- oder Nebenhandlung gerichtet.[190])

Wir sehen, daß von Liszt und von Beling inhaltlich in der Formulierung der Begriffe Täterschaft, Mittäterschaft und Beihilfe übereinstimmen. Ihre Ansicht in der Teilnahmelehre scheint uns die richtige zu sein. Sie gehen zutreffend von der kausalen Gleichwertigkeit aller Bedingungen aus, ohne aber damit die Möglichkeit objektiver Unterscheidung zu verneinen. Ueberzeugend entnehmen sie die Formulierung der Begriffe unmittelbar dem Gesetz. Dieses spricht nirgends von Ursache oder Bedingung, sondern kennzeichnet jeweils durch ein bestimmtes Zeitwort, wie die Täterhandlung beschaffen sein muß. Als Kriterium für die Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe bezeichnet es „gemeinschaftliche Ausführung" und „Hilfe leisten". Das spricht weder für die subjektive noch für die materiell-objektive Theorie, sondern für einen formal-objektiven Standpunkt. Gewiß erfordert das Gesetz Kausalzusammenhang zwischen Erfolg und Handlung des Täters bezw. des Mittäters und Gehilfen, aber im übrigen haben die kausalen Momente keine Bedeutung.

Zu einer strafbaren Handlung gehört als ein ihr wesentliches Merkmal ihre Tatbestandsmäßigkeit. Das gilt aber nicht nur für die Begriffe des Besonderen, sondern auch für die des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches. Wie die „einzelnen Verbrechenstatbestände", die „allgemeinen Verbrechenstatbestände" ihren „Tatbestand", ihren „Tatbestandskern" haben, der ihnen erst ihr eigenes Gepräge gibt, so auch die Begriffe des Allgemeinen Teils. Damit erhalten

187) Beling, L. v. V., S. 180.
188) Beling, L. v. V., S. 398; Gr. S. 44.
189) Beling, L. v. V., S. 410.
190) Beling, L. v. V., S. 398.

auch diese ihr eigenes Gepräge, das sie von anderen unterscheidet. Der Tatbestandskern des § 47 St. G. B. ist das „gemeinschaftliche Ausführen", der des § 49 das „Hilfe leisten". Unter Zuhilfenahme des Sprachgebrauchs läßt sich feststellen, wann im Einzelfall eine Tätigkeit entwickelt ist, welche als ein „Ausführen" des deliktischen „Tatbestandes" oder als ein „Hilfe leisten" bei der Ausführung bezeichnet werden kann.[191]) Zwar sagt uns der § 47 unmittelbar nur, wie generell die objektive Seite der Mittäterschaft aussehen muß. Mittelbar aber ersehen wir daraus, daß der Tatbestandskern der Alleintäterschaft in dem alleinigen Ausführen eines deliktischen „Tatbestandes" ruht.

An anderer Stelle wurde schon ausgeführt, daß ein Verbrechen neben einer objektiven Seite notwendig noch eine subjektive, eine Schuldseite, besitzt, die in einer gewissen psychischen Beziehung zu der aus Handlung, Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit sich zusammensetzenden Tatseite besteht. Dasselbe trifft auch für die allgemeinen Begriffe zu. Auch Täterschaft, Mittäterschaft und Beihilfe haben neben der objektiven Seite eine subjektive. Woraus diese sich zusammensetzt, darüber erhalten wir wieder bei von Liszt und von Beling Auskunft. Ihr Vorsatz muß alle Verbrechensmerkmale umfassen. Im einzelnen muß der Vorsatz des Täters auf alleinige „Ausführung", auf alleinige Verwirklichung des Tatbestandskernes gerichtet sein, der des Mittäters auf die Gemeinschaftlichkeit der Ausführung. Die subjektive Seite der Beihilfe besteht ebenfalls aus Vorsatz. Dieser ist bloß auf eine Vorbereitungs- oder Nebenhandlung gerichtet, die der Unterstützung der Handlung eines anderen dienen soll.

Hiermit sind unsere Untersuchungen über die Abgrenzung der Begriffe Täterschaft, Mittäterschaft und Beihilfe gegeneinander zum Abschluß gelangt. Bevor wir uns der Erörterung der sog. mittelbaren Täterschaft als eine Besonderheit im Gebiet der Täterschaft zuwenden, ist jedoch noch, um ein vollständiges Bild der gewonnenen Begriffe zu erhalten, auf eine Eigenschaft der Beihilfe einzu-

191) Vgl. auch Helmer, S. 28 ff.

gehen, die für sie wesentlich ist, ohne allerdings als unterscheidendes Merkmal gegenüber einer anderen Beteiligungsform an einem Delikt Bedeutung zu haben. Wir meinen die sog. akzessorische Natur der Beihilfe.

Wenn wir oben ausführten, daß der Gehilfe nicht selbst das Verbrechen verübt, sondern nur zu seiner Verwirklichung durch Setzen einer conditio sine qua non in Form einer Unterstützungshandlung beiträgt, so ist damit schon auf die abstrakt-begriffliche Abhängigkeit der Beihilfe von der zu unterstützenden Handlung, der Haupthandlung des Täters, hingewiesen.[192]) Besonders deutlich ist dieser Hinweis bei Beling, wenn er die Täterhandlung zum engeren Tatbestand rechnet, die Gehilfenhandlung zur Außenzone dieses engeren Tatbestandes, d. h. in dessen Interessensphäre liegend, von ihm beherrscht und mit ihm ein Ganzes bildend.[193]) Die Gehilfenhandlung erhält erst durch das Hinzutreten der Haupthandlung Bedeutung. Sie steht zu letzterer, wie man sagt, im Verhältnis der Akzessorietät.

Das geltende Strafgesetzbuch erkennt diese Akzessorietät an, indem es in § 49 die Strafbarkeit des Gehilfen davon abhängig macht, daß der Täter ein Verbrechen oder Vergehen begeht.[194]) Die Haupthandlung des Täters muß objektiv sich als Ausführungshandlung oder doch mindestens als Versuch einer Tatbestandsverwirklichung darstellen. Sie muß ferner rechtswidrig sein.[195]) Und was die Schuldseite des unterstützten Delikts betrifft, so muß nach überwiegender Ansicht der Täter die Haupthandlung vorsätzlich begehen. Fahrlässigkeit genügt nicht.[196]) Die Strafbarkeit des Gehilfen entfällt nicht dadurch, daß der Täter persönlich nicht strafbar ist, weil ihm ein persönlicher Straf-

[192]) vgl. Beling, L. v. V., S. 398; Gr. S. 90; Birkmeyer, Teilnahme S. 147; Tischler, S. 81.

[193]) Beling, L. v. V., § 24.

[194]) vgl. Beling, Gr. S. 90; Birkmeyer, Teilnahme, S. 149; Tischler, S. 82; Stoll, S. 11; Berolzheimer, S. 8; a. M. z. B. Perten, 158.

[195]) vgl. Beling, Gr. S. 90; v. Liszt, S. 327; Allfeld, S. 225; Ebermayer-Lobe-Rosenberg (Lpz. Komm.) S. 258.

[196]) Wachenfeld, S. 188; Frank I, S. 121; Allfeld, S. 225; v. Liszt, S. 327; R. G. St. Bd. 16, S. 277 (278); Winter, S. 13/4; Schreiber, S. 24; a. M. z .B. Beling, Gr. S. 90; eine Ausnahme von der Akzessorietät u. a. in § 4 Jug. Ger. Ges.

ausschließungsgrund zur Seite steht. Gleiches gilt bei Fehlen einer Prozeßvoraussetzung. Trotz Mangels der Strafbarkeit des Täters bleibt hier die Strafbarkeit der Tat bestehen.[197])

(§ 10)

II: Die mittelbare Täterschaft.

Wir gelangen nunmehr zur Erörterung der sog. mittelbaren Täterschaft, die wir oben bereits als eine Besonderheit innerhalb des Gebietes der Täterschaft gekennzeichnet haben. Wir erkannten als das Wesen der Alleintäterschaft die Verwirklichung eines „allgemeinen Verbrechenstatbestandes" nach der objektiven wie subjektiven Seite hin durch eine einzige Person. Beteiligen sich an der Verwirklichung mehrere, so spricht man, wie wir sahen, von Mittäterschaft oder auch bei mangelndem Bewußtsein gegenseitigen Zusammenwirkens bei der Ausführung von Nebentäterschaft.[198]) Eine Ausnahme hiervon bildet die mittelbare Täterschaft. Bei ihr verwirklichen mehrere Personen gemeinsam einen „allgemeinen Verbrechenstatbestand", ohne daß der Begriff der Alleintäterschaft verloren geht und von Mehrtäterschaft als dem Oberbegriff von Mit- und Nebentäterschaft gesprochen werden muß.[199])

Bei der mittelbaren Täterschaft erscheint auf den ersten Blick nicht der wahre, der juristische Täter als Täter, sondern ein anderer. Der Grund hierfür ist darin zu sehen, daß dieser andere physisch den unter Strafe gestellten Erfolg herbeiführt. Der mittelbare Täter dagegen tritt regelmäßig äußerlich nicht durch eine verbrecherische Tätigkeit in Erscheinung. Der nur physische Täter verwirklicht in seiner Person allein die objektive Verbrechensseite.

Gehen wir bei der näheren Darstellung des Wesens der mittelbaren Täterschaft vom nur physischen Täter aus, den wir noch als sog. Werkzeug oder Mittelsperson des mittelbaren Täters kennen lernen werden. Er muß zunächst „handeln", d. h. also, seine körperliche Betätigung muß Aus-

---

[197]) v. Liszt, S. 330; Beling, Gr. S. 91; Wachenfeld, S. 188; v. Olshausen; § 49 N. 2; Lpz. Komm. S. 258; Doerr I, S. 77; Schreiber, S. 24.

[198]) Ueber den Begriff der Nebentäterschaft vgl. Liszt S. 324.

[199]) Vgl. Wachenfeld S. 194.

fluß freien menschlichen Willens sein. Wir wiesen eingangs dieser Arbeit darauf hin, daß es bei der Frage nach der „Handlung" nicht auf die Qualität des menschlichen Willens, nicht auf den Ursprung des Willens in Willensfreiheit oder Willensunfreiheit ankommt, und daß darum auch ein geisteskranker Mensch „handeln" kann, sofern seine körperliche Tätigkeit nur von ihm gewußt und gewollt ist. Umgekehrt kann es sich daher in den Fällen, in denen eine geistig normale Person durch körperliche Gewalt, vis absoluta, zur Vornahme einer Tätigkeit gezwungen wird, nicht um mittelbare Täterschaft handeln. Hier ist nur unmittelbare Täterschaft des den Zwang Ausübenden möglich, da der Gezwungene nicht frei „handelt", sondern nur der Bewegung des Zwingenden folgt.[200])

Die „Handlung" des physischen Täters, der Mittelsperson des wahren, des mittelbaren Täters, muß, wie oben schon erwähnt, „tatbestandsmäßige" sein im Sinne Belings, d. h. also mit demjenigen Zeitwort bezeichnet werden können, welches in den einzelnen Verbrechenstatbeständen als für sie charakteristisch genannt wird. Dadurch, daß die Handlung der Mittelsperson mit einem „gesetzlichen Tatbestand" identisch ist, ist regelmäßig zugleich ihre Rechtswidrigkeit bejaht. Wir hatten im ersten Teil der vorliegenden Arbeit dargetan, daß diese Folgerung unbedenklich gezogen werden darf, und daß sie nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes eine Ausnahme erleidet. Vereinigt somit der physische Täter die drei Verbrechensmerkmale Handlung, Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit in seiner Person, so erfüllt er damit auch die gesamte objektive Verbrechensseite,[201]) sodaß für den mittelbaren, den wahren Täter eine Verwirklichung objektiver Verbrechensmerkmale entfällt.

Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft gehört nun, daß die Mittelsperson, welche die objektive Seite eines bestimmten Delikts erfüllt, nicht selbst als vorsätzlicher Täter zur Verantwortung gezogen werden kann. Andernfalls schei-

---

[200]) So auch v. Michael S. 22; Graetzer S. 17; Schminke S. 21 u. 22; Van Calker, Strafr. Verantw. S. 17; A. M. z. B. Winter S. 15 u. 16; Clementz S. 33 u. 34.

[201]) Die besonderen Strafbarkeitsbedingungen sind hier auszuschalten.

det sie aus der Rolle des Werkzeugs des mittelbaren Täters aus und wird selbst zum Täter.[202])

Die Gründe dafür, daß die Mittelsperson nicht selbst als vorsätzlicher Täter bestraft werden kann — und damit werden die einzelnen möglichen Fälle der mittelbaren Täterschaft bestimmt — können mannigfach sein. Vor allen Dingen ist als Grund die Unzurechnungsfähigkeit der Mittelsperson zu nennen.[203]) Unter Zurechnungsfähigkeit, die wir auch Schuldfähigkeit nannten, verstanden wir die Fähigkeit freier Willenbestimmung. Fehlt es hieran bei der Mittelsperson, so fehlt mit der Schuldfähigkeit auch die Fähigkeit vorsätzlichen wie fahrlässigen Handelns.[204])

Aus welchen Grund die Zurechnungsfähigkeit fehlt, ist bedeutungslos. Hauptsächlich kommt als Grund in Frage krankhafte Störung der Geistestätigkeit, ferner Bewußtlosigkeit. Ihnen ist der Zustand der Hypnose gleich zu stellen.[205]) Dasselbe gilt aber nicht mehr für die sog. Jugendunzurechnungsfähigkeit, denn nach dem Jugendgerichtsgesetz ist mittelbare Täterschaft durch Benutzung eines Strafunmündigen oder eines der Einsichtsfähigkeit ermangelnden Jugendlichen ausgeschlossen.[206]) Immer ist bei der Unzurechnungsfähigkeit eins zu beachten. Sie darf nicht so stark sein, daß es überhaupt am Begriff der „Handlung" fehlt. Denn dann könnte es sich, wie schon gesagt, nicht mehr um mittelbare, sondern nur noch um unmittelbare Täterschaft handeln.

Ein weiterer Fall fehlenden Vorsatzes und damit möglicher mittelbarer Täterschaft ist bei Vorliegen einer Zwangslage im Sinn des § 52 St. G. B. anzunehmen.[207]) Hier ist der physisch Ausführende zwar schuldfähig, jedoch ist seine Tätigkeit Ausfluß der unwiderstehlichen Gewalt oder Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben seitens des Zwingenden, sodaß seine freie Willensbestimmung ebenso ausgeschlossen erscheint wie die des Unzurechnungsfähigen. Der Fall des

---

202) Vgl. v. Liszt S. 316; Allfeld S. 213; Schreiber S. 20.
203) Vgl. u. a. Gerland S. 94; Allfeld S. 214; v. Liszt S. 316; Lpz. Komm. S. 75; Wachenfeld S. 195.
204) Vgl. v. Liszt S. 316.
205) Wachenfeld S. 195; Finger S. 227; Allfeld S. 214; Neumeister S. 61; Majer S. 23; Clementz S. 31.
206) Vgl. Frank I S. 105. v. Liszt S. 317.
207) Wachenfeld S. 196; Allfeld S. 214; Gerland S. 94/95; v. Liszt S. 318; Büll S. 58; Graetzer S. 18. u. Andere.

§ 52 bildet einen sog. Schuldausschließungsgrund.[208]) Wenn der auf die Mittelsperson ausgeübte Zwang zu einer vis absoluta wird, sodaß sie nicht in der Lage ist, willkürliche Körperbewegungen zu machen, so fehlt es wiederum an der „Handlung" des Werkzeuges und damit an der Möglichkeit mittelbarer Täterschaft. In einer ähnlichen Zwangslage wie im Fall des § 52 befindet sich der Benutzte dann, wenn er auf Grund unbedingter Gehorsamspflicht handelt. Daher begründet der bindende Befehl ebenfalls mittelbare Täterschaft.[209])

Werkzeug eines mittelbaren Täters kann ferner jemand sein, der eine Notstandshandlung im Sinn des § 54 St. G. B. vornimmt.[210]) Sein Vorsatz ist hier ebenso wie in den Fällen des § 51 und des § 52 St. G. B. ausgeschlossen, weil auch die Notstandshandlung einen Entschuldigungsgrund, einen Schuldausschließungsgrund abgibt. Die Rechtswidrigkeit der Notstandshandlung bleibt dagegen bestehen.[211]) Im Gegensatz zum Notstand schließt Notwehr nach herrschender Ansicht die Rechtswidrigkeit aus,[212]) folglich auch die Schuld, da Rechtswidrigkeit Voraussetzung der Schuld ist. Haben somit Notstand und Notwehr das Fehlen der Schuld gemeinsam, so kann indessen letztere nicht wie ersterer zur Grundlage mittelbarer Täterschaft gemacht werden, da bei dieser die Mittelsperson die gesamte objektive Deliktseite, also einschließlich Rechtswidrigkeit, in ihrer Person verwirklichen muß, bei der Notwehrhandlung aber außer der Schuld auch noch das objektive Deliktsmerkmal der Rechtswidrigkeit fehlt.

Der Vorsatz der zur Begehung eines Delikts vom mittelbaren Täter benutzten Person kann auch deshalb fehlen, weil diese sich in einem Irrtum über Tatumstände befindet gemäß § 59 St. G. B. Hierher gehören sowohl jene Fälle, in

[208]) Vgl. Mezger, Ger. S. 89, 313; v. Liszt S. 269.

[209]) So u. a. v. Liszt S. 318; Wachenfeld S. 197; Frank I S. 105; Finger S. 337; Petri S. 25; Dreyer S. 54; Dagegen vertritt van Calker den Standpunkt, daß der rechtsverbindliche Befehl nur einen persönlichen Schuldausschließungsgrund bildet, jedoch nie einen allgemeinen; Vgl. van Calker, Verantwortlichkeit S. 11; Gegen ihn überzeugend Graetzer S. 20.

[210]) v. Liszt S. 318; Majer S. 33 ff. Clementz S. 36; Winter S. 18.

[211]) So u. a. Frank I S. 160; v. Liszt S. 268 u. 269; M. E. Mayer S. 304; A. M. z. B. Wachenfeld S. 122; Allfeld § 26; Vgl. auch Olshausen § 54 N. 3; Finger S. 421.

[212]) vgl. nur Beling Gr. S. 35; v. Liszt § 33.

denen die Mittelsperson sich den unter Strafe gestellten Erfolg nicht vorstellt, als auch jene, in denen sie diesen zwar voraussieht, jedoch in einem Irrtum über die Rechtswidrigkeit befangen ist,[213]) hinsichtlich deren wir an anderer Stelle sagten, daß sie vom Vorsatz mitumfaßt werden muß. Gleichgültig ist, ob der mittelbare Täter das Werkzeug erst in den Irrtum versetzt oder einen schon in ihm vorhandenen Irrtum ausnützt.[214]) Bedeutungslos ist ebenfalls, ob der Irrtum entschuldbar oder unentschuldbar ist. Fahrlässigkeit in letzterem Fall schließt die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft nicht aus,[215]) da das „Werkzeug" nur nicht als vorsätzlicher Täter darf bestraft werden können.

Im Anschluß an Liszt-Schmidt[216]) ist der Vorsatz auch dann als fehlend anzusehen, wenn die benutzte Person nicht in der Absicht handelt, die für das betreffende Delikt gerade gesetzliche Voraussetzung ist. Denn der Vorsatz muß bei den Absichtsdelikten auch die Absicht umfassen; die Vorstellung muß auch darauf gerichtet sein, daß die Tätigkeit der Erreichung eines bestimmten Zweckes dient. Der Grund hierfür ist nach Liszt-Schmidt darin zu sehen, daß die Absicht zwar zunächst nicht zur Schuld gehört, sondern sog. „subjektives Unrechtselement" ist, damit aber „eine (auf den Vorsatz abfärbende) Ergänzung des objektiven Tatbestandes darstellt."[217]) Daher fehlt mit der Absicht zugleich auch der erforderliche besondere Deliktsvorsatz, sodaß hier wieder für die mittelbare Täterschaft Platz ist.[218])

Endlich ist mittelbare Täterschaft noch in denjenigen Fällen möglich, in denen der Mittelsperson die für den mittelbaren Täter erforderliche Eigenschaft fehlt.[219]) Wie sie in den oben angeführten Fällen nicht selbst als vorsätzlicher Täter zur Verantwortung gezogen werden konnte, so auch hier nicht. Das Fehlen der besonderen Eigenschaft steht der

---

213) v. Liszt, S. 318; vgl. auch Lpz. Komm. S. 76; Wachenfeld § 53; Allfeld S. 214; v. Helldorff, S. 16.
214) Wachenfeld, S. 196; Allfeld, S. 214; Schmincke, S. 32.
215) Wachenfeld, a. a. O., Allfeld a. a. O. N. 5; Gerland, S. 95.
216) vgl. Liszt-Schmidt, S. 320.
217) Vgl. dazu auch Mezger, Ger. S. 89, S. 260 u. 261.
218) Zu demselben Ergebnis gelangen u. a. M. E. Mayer, S. 379; Allfeld, S. 214; Frank I, S. 104; Ackermann, S. 15 u. 16; Winter, S. 26; Graetzer, S. 10 u. 21.
219) v. Liszt, S. 319; Allfeld, S. 214; van Calker, Gr. S. 66; Ackermann, S. 15 u. 16; Graetzer, S. 24.

Bestrafung als vorsätzlicher Täter als Hindernis im Wege. Es ist von Liszt-Schmidt[220]) darin beizupflichten, daß zwischen den Sonderverboten und einer Person, die nicht in den dort bezeichneten Täterkreis gehört, „eine als Schuld (und demgemäß als Vorsatz) zu wertende Beziehung nicht bestehen kann." Infolgedessen ist auch in diesem Fall wieder mittelbare Täterschaft möglich, ohne daß zur juristischen Figur des sog. dolosen Werkzeugs gegriffen werden müßte, um eine notwendig erscheinende Bestrafung des mittelbaren Täters zu rechtfertigen.

Gingen wir im Vorhergehenden bei der näheren Darstellung des Wesens der mittelbaren Täterschaft von der Mittelsperson, vom sog. Werkzeug, aus, so sei nun im folgenden die mittelbare Täterschaft ihrem Wesen nach von der Seite des wahren Täters, des mittelbaren Täters aus betrachtet.

Wir sahen oben, daß die Mittelsperson tatbestandsmäßig und rechtswidrig handelt, also die gesamte objektive Deliktsseite verwirklicht. Es bleibt dem mittelbaren Täter nur noch überlassen, die subjektive Verbrechensseite zu verwirklichen und dadurch dasjenige zu ergänzen, was dem Werkzeug noch fehlt, um selbst als vorsätzlicher Täter bestraft werden zu können.

Der mittelbare Täter will ein bestimmtes Ziel erreichen, einen bestimmten allgemeinen Verbrechenstatbestand erfüllen, jedoch nicht mit eigner Hand, sondern dadurch, daß er sich eines anderen Menschen als Mittelsperson, als Werkzeugs bedient, indem er diesen zu der tatbestandsmäßigen Handlung bestimmt. Wie man zum Hervorbringen des gewünschten Erfolges ein lebloses Werkzeug benutzen, sei es ein von Menschenhand gefertigtes Instrument oder eine Naturkraft, oder wie man ein seiner Handlung nicht bewußtes Tier in seinen Dienst stellen kann, so kann man sich auch durch psychische Einwirkung (nicht vis absoluta) auf den lebenden Menschen diesen zur Erreichung des gewollten Erfolges dienstbar machen. In den Fällen ersterer Art spricht man von unmittelbarer Täterschaft, während die Benutzung eines anderen, selbst unvorsätzlich handelnden Menschen

[220]) v. Liszt-Schmidt, S. 319.

als Werkzeugs, den Begriff der mittelbaren Täterschaft bildet.[221])

Unser geltendes Strafgesetzbuch kennt zwar nicht den Begriff der mittelbaren Täterschaft. Wissenschaft und Rechtsprechung haben aber keinen Anstand daran genommen, das Gebiet der Täterschaft auch auf diese Fälle auszudehnen, wo jemand einen Menschen, der selbst nicht vorsätzlicher Täter sein kann, als Werkzeug für seine Pläne benutzt. Sie sahen sich hierzu veranlaßt, um eine Handhabe zu besitzen, in gewissen Fällen, die bei starrer Anwendung der Gesetzesbestimmungen der Ahndung entzogen wären,[222]) obwohl ihre Straflosigkeit von der Rechtsordnung nicht gewollt sein kann, doch strafen zu können.[223])

Rechtliche Bedenken dürften dem Begriff der mittelbaren Täterschaft nicht entgegenstehen. Der mittelbare Täter setzt wie der unmittelbare Täter und der Teilnehmer eine notwendige Bedingung gleich Ursache des Erfolges. Daß der Kausalverlauf bei den beiden Täterschaften verschieden ist, hat keine juristische Bedeutung. Es kommt nur darauf an, daß die Kausalität gewahrt ist,[224]) und daß unter den Verursachern derjenige als Täter zur Verantwortung gezogen wird, der auch als Täter erscheint. Letzteres trifft aber für einen Menschen zu, der alle subjektiven Verbrechensmerkmale in seiner Person erfüllt und die objektiven durch einen anderen Menschen als sein Werkzeug, als seine Mittelsperson, verwirklichen läßt. Seine Täterschaft ist dann eine wirkliche, nicht eine bloß fingierte.[225])

In aller Regel wird der mittelbare Täter sein menschliches Werkzeug zu der von ihm gewünschten Handlung durch psychische Einwirkung bestimmen. Bestritten ist, ob er auch dadurch mittelbarer Täter wird, daß er dem unvorsätzlich Handelnden lediglich durch eine Gehilfenhandlung beisteht. Diese Möglichkeit wird von M. E. Mayer, von Liszt-Schmidt[226]) u. a. verneint und führt folglich dahin, daß der Helfende aus Gründen der Akzessorietät der Beihilfe

221) vgl. nur v. Liszt, S. 315; Allfeld, S. 213.
222) Näheres hierüber unten bei der Erörterung der Anstiftung.
223) vgl. dazu Schmincke, S. 10; Gierlich, S. 1; v. Michael, S. 20.
224) vgl. Brandt, S. 9 u. 10.
225) So auch v. Michael, S. 21; Brandt, S. 9; Petri, S. 12; Schmincke, S. 1; Ronde, S. 21; Flegenheimer, S. 43; Ackermann, S. 22; Graetzer, S. 10 u. 11.
226) M. E. Mayer, S. 377; v. Liszt-Schmidt, S. 320 N. 10.

überhaupt nicht bestraft werden kann. Die überwiegende Meinung geht aber dahin, daß nicht nur durch ein Bestimmen eines unvorsätzlich Handelnden zu einem Verbrechen, sondern auch durch eine Unterstützung seiner ausführenden Tätigkeit mittelbare Täterschaft begründet wird.[227])

Wir glauben, uns der herrschenden Ansicht anschließen zu müssen. Mit Allfeld läßt sich zur Begründung der Bejahung der Möglichkeit mittelbarer Täterschaft durch eine Gehilfenhandlung anführen, daß sich der Helfende vermöge seines verbrecherischen Willens die von ihm unterstützte Tätigkeit aneignet.[228]) Auch erscheint derjenige, welcher einen bestimmten unter Strafe gestellten Erfolg will, die Gelegenheit sieht, durch eine einfache befördernde Tätigkeit zur Erreichung des Zieles mitbeizutragen, und jetzt diese Gelegenheit ausnützt, nicht mehr als Gehilfe, wenn der unmittelbar das Delikt Ausführende aus irgend einem Grund nicht selbst als vorsätzlicher Täter zur Verantwortung gezogen werden kann. In diesem Fall erscheint er, der Helfende, vielmehr als vorsätzlicher Täter strafbar. Auf ihn trifft dann die oben aufgestellte Formulierung des Täterbegriffs zu, daß Täter ist, wer nach dem Sprachgebrauch als derjenige erscheint, der die tatbestandsmäßige Handlung ausführt. Von ihm kann man dies dann ebenso sagen, wie von demjenigen, der sich eine Mittelsperson durch psychische Einwirkung für seine Zwecke dienstbar macht.

Die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft hat indessen eine Einschränkung dahingehend zu erfahren, daß mittelbarer Täter nur sein kann, wer die strafbare Handlung auch unmittelbar, also ohne Mittelsperson, zu begehen in der Lage ist.[229]) Das gilt natürlich gleichermaßen für denjenigen, der die unvorsätzlich handelnde Mittelsperson zur Begehung des Delikts bestimmt, wie auch für denjenigen, der ihre Ausführungshandlung nur fördert. Weiterhin wird das Gebiet der mittelbaren Täterschaft noch dadurch eingeengt, daß gewisse Delikte ihrer Natur nach nur unmittelbar begangen

[227]) So Frank I S. 105; Beling, Ger. S. 30; Allfeld, S. 215; Perten, S. 128; Tischler, S. 98; Clementz, S. 23; Schreiber, S. 20, vgl. auch Finger, S. 357, Tosetti S. 89.

[228]) Allfeld, S. 215.

[229]) So Frank I, S. 106; Lpz. Komm. S. 77; Olshausen, S. 196; M. E. Mayer, S. 377; v. Liszt-Schmidt, S. 321; Beling, L. v. V. S. 239. Büll, S. 61; a. M.: Allfeld, S. 215 N. 6; Petri S. 45; Brandt, S. 11; Dreyer, S. 57; Gierlich, S. 56.

werden können. Hierher gehören die Formal- oder Tätigkeitsdelikte.[230])

Endlich sei zum Abschluß der Erörterung der mittelbaren Täterschaft noch folgendes ausgeführt. Im allgemeinen sind die Fälle der mittelbaren Täterschaft so gelagert, daß drei Personen, nämlich physischer Täter oder Werkzeug, Bestimmender oder juristischer Täter und die verletzte Person, bei dem Delikt vorhanden sind. Notwendig ist dies aber nicht, vielmehr können Werkzeug und Verletzter auch identisch sein. Die Tätigkeit der Mittelsperson muß sich nicht unbedingt als die Verwirklichung des objektiven Teils eines allgemeines Verbrechenstatbestandes darstellen. Es ist nicht notwendig, daß das Verhalten des Werkzeugs nach außen als objektiv strafbares Verhalten erscheint. Mittelbare Täterschaft ist auch möglich, wo die Mittelsperson ihr eigenes Recht verletzt.[231])

In diesem Fall wird man allerdings nicht wie in dem Normalfall der mittelbaren Täterschaft diese begrifflich dahin bestimmen dürfen, daß mittelbarer Täter ist, wer sich zur Herbeiführung eines von ihm gewollten Erfolges einer Mittelsperson bedient, die nicht selbst als vorsätzlicher Täter bestraft werden kann. Denn nach dieser Begriffsbestimmung würde jeder, der einen anderen zu einer Selbstverletzung bestimmt, als mittelbarer Täter strafbar werden, da die Selbstverletzung grundsätzlich[232]) straflos bleibt, das Werkzeug also niemals als vorsätzlicher Täter zur Verantwortung gezogen werden kann. Die Begriffsbestimmung der mittelbaren Täterschaft muß darum für diese Ausnahmefälle dahin berichtigt werden, daß hier mittelbarer Täter ist, wer sich zur Herbeiführung eines von ihm gewollten Erfolges einer Mittelsperson bedient, die im Fall der Strafbarkeit der Selbstverletzung nicht selbst als vorsätzlicher Täter bestraft werden könnte.

Unrichtig wäre es, die Berichtigung der für den Allgemeinfall gültigen Formulierung des Begriffes der mittelbaren Täterschaft für den Sonderfall der Identität von benutzter und verletzter Person dahin vorzunehmen, daß vor-

---

230) Beling, L. v. V., S. 236; v. Liszt-Schmidt, S. 321; M. E. Mayer, S. 378; Wachenfeld, S. 198; u. a.

231) vgl. Beling, Grundriß, S. 30; R. G. St. Bd. 26, 242; Neumeister, S. 43; Clementz, S. 40.

232) Eine Ausnahme bildet z. B. der Fall des § 142 St. G. B.

sätzliches Handeln des Werkzeugs mittelbare Täterschaft ausschließt. Denn Vorsatz ist ein Schuldbegriff, zu eigenen Rechten kann man aber grundsätzlich keine Schuldbeziehung haben, daher auch nicht in Vorsatzbeziehung stehen.

(§ 11)

III: Die Anstiftung.

Unsere bisherigen Ausführungen verfolgten den Zweck, darzustellen, was die Literatur und was wir selbst unter den Begriffen Täterschaft, Mittäterschaft, Beihilfe und mittelbare Täterschaft verstehen. Ehe wir dazu übergehen, unser Hauptproblem „Täterschaft mit Teilnehmer-Vorsatz" einer Erörterung zu unterziehen, ist es noch erforderlich, eine Darstellung der letztmöglichen Beteiligungsform an einer strafbaren Handlung, der Anstiftung, zu geben, die, wie wir bald erkennen werden, mit der mittelbaren Täterschaft eine gewisse begriffliche Aehnlichkeit hat.

Die Anstiftung hat mit der Täterschaft und Beihilfe gemeinsam, Ursache des verbrecherischen Erfolges zu sein, d. h. nach unserer Auffassung von der kausalen Gleichwertigkeit aller Bedingungen eines Erfolges, daß die Anstiftung wie jede andere Beteiligungsform an einem Verbrechen eine für ihren Eintritt notwendige Bedingung, conditio sine qua non des Erfolges ist.[233]) Der Kausalzusammenhang zwischen Anstiftung und Erfolg wird teilweise geleugnet.[234]) Jedoch ist diese Ansicht unseres Erachtens nicht haltbar. Strafbar kann nur derjenige sein, der auch irgend etwas zum Erfolg beiträgt. Wieviel er beiträgt, ist für diese Frage nach der Strafbarkeit unerheblich. Hierfür kommt es nur darauf an, daß seine Tätigkeit in kausalem Verhältnis zum Erfolg steht.[235])

---

[233]) So Frank I S. 115; Allfeld, S. 204 u. 221/22; M. E. Mayer, S. 392 ff.; Liszt-Schmidt S. 160; ferner Coenders, S. 190; Brümmerstädt, S. 19 u. 20; Wuttig, S. 45; Ibach, S. 20; Tischler, S. 71; Theodor, S. 2; Röhricht, S. 13; Ackermann, S. 27; Heilborn, S. 60 u. a.

[234]) Z. B. von Beling L. v. V. S. 391; Wachenfeld, S. 204; Birkmeyer, Teilnahme, S. 119 ff.; Weinberg, S. 50; Kaatz, S. 80; Ueber die Frage der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs unten.

[235]) Coenders, S. 190; Wilhelm Bauer, S. 40; Dreyer, S. 36.

Unser Strafgesetzbuch sagt in § 48, wie die verursachende Tätigkeit des Anstifters beschaffen sein muß, indem es als objektives Merkmal der Anstiftung ein Bestimmen eines anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung verlangt. Dieses Wort „bestimmen" bildet den „Tatbestandskern" der Anstiftung, gibt dieser ihr Gepräge. Unter „bestimmen" ist die Hervorrufung, die Erzeugung des Entschlusses zur Tat in dem anderen zu verstehen. Die Tätigkeit des Anstifters besteht darin, in dem anderen Motive zur Begehung der strafbaren Handlung, Lustvorstellungen für den Fall der Begehung zu erwecken.[236]) Von einem „Bestimmen" kann da nicht mehr die Rede sein, wo der andere bereits entschlossen ist, das Delikt zu verüben; mindestens muß er noch schwanken.[237]) Die bloße Gewährung der Gelegenheit genügt nicht zur Anstiftung, desgleichen nicht das Versprechen der Hilfe für den Fall der Begehung.[238])

Das Gesetz führt als Anstiftungsmittel Geschenke, Versprechen, Drohung, Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt, absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums auf. Diese Aufzählung soll aber nicht bezwecken, die ausschließlich möglichen Anstiftungsmittel zu nennen, vielmehr will das Gesetz damit nur Beispiele geben. Dies geht klar daraus hervor, daß es durch die Zusatzworte „oder durch andere Mittel" jedes Mittel gelten läßt, welches in ähnlicher Weise wie die beispielshalber genannten zur Beeinflussung des Willens eines anderen geeignet ist.[239]) Daher kommen als Anstiftungsmittel auch eine bloße Aufforderung, Bitte, Ueberredung, sogar scheinbares Abraten in Frage.[240]) Zu beachten ist, daß die Einwirkung auf den Willen des Angestifteten nicht eine solche sein darf, die den Vorsatz des Angestifteten ausschließt.[241]) Hierüber wird näher noch unten zu reden sein.

---

236) Vgl. Frank I, S. 116; M. E. Mayer, S. 392; Liszt-Schmidt, S. 325; Perten, S. 144; Tosetti, S. 35; Ibach, S. 19.
237) Allfeld, S. 220; Finger, S. 346; Tischler, S. 70.
238) Liszt-Schmidt, S. 325.
239) Vgl. Liszt-Schmidt, S. 325; Allfeld, S. 220; Kaatz, S. 13.
240) Frank I, S. 116; Liszt-Schmidt, S. 325; Finger, S. 345; Allfeld, S. 220.
241) Vgl. Frank I, 116; Liszt-Schmidt, S. 325.

Was die subjektive Seite der Anstiftung angeht, so wird genau wie bei der Beihilfe auch hier Vorsatz erfordert. Der Anstifter muß zunächst wissen, daß er in dem Anzustiftenden den Entschluß zur Begehung einer strafbaren Handlung erweckt.[242]) Aus der Natur der Anstiftung folgt unseres Erachtens, daß dolus eventualis nicht genügt.[243]) Der Anstifter muß ferner wissen, wozu er anstiftet. Er muß alle Tatumstände der Haupttat kennen und diese letztere als eine bestimmte ins Auge fassen.[244]) Daher fehlt es an der Anstiftung, wenn ganz allgemein Motive zur Verübung irgendeines Deliktes erweckt werden sollen, etwa durch Aufhetzung oder Aufreizung.[245])

Bestritten ist, inwieweit die Haupttat des Anzustiftenden in der Vorstellung des Anstifters konkretisiert sein muß. Vor allem herrscht darüber Meinungsverschiedenheit, ob der Bestimmende die Person des Anzustiftenden individuell kennen muß. Wir glauben im Anschluß an Allfeld, daß dieses Erfordernis verneint werden, vielmehr sich die Anstiftung an einen Kreis von Personen richten kann, und daß es genügt, wenn sich jemand zu der Tat bestimmen läßt, der dem Personenkreis angehört.[246])

Strittig ist weiterhin, ob der Vorsatz des Anstifters auf Verwirklichung, auf Vollendung der strafbaren Handlung gerichtet sein muß. Dies ist zu bejahen.[247]) Denn das Wesen der Anstiftung besteht doch darin, daß der Anstifter einen bestimmten Erfolg will, ihn aber nicht eigenhändig, sondern durch einen anderen herbeizuführen gedenkt. Demgemäß liegt Anstiftung nicht vor, wenn der Anstifter nur den Versuch des Delikts will.[248]) Diese Frage ist praktisch beim sog. agent provocateur. Will dieser es zu einer wirklichen Verletzung kommen lassen, so macht er sich als Anstifter straf-

242) Vgl. Liszt-Schmidt, S. 326; Frank I, 118.
243) A. M. z. B. Wachenfeld, S. 206.
244) Allfeld, S. 221; Frank I, S. 118 u. 119; Lpz. Komm. S. 251; Stoll, S. 32; Wilhelm Meyer, S. 27.
245) Frank I, S. 119; Gerland, S. 150; Heilborn, S. 72.
246) Allfeld, S. 221; Ebenso Wachenfeld, S. 205; Gerland, S. 151; Binding, Normen 2, 893; Olshausen, S. 213.
247) H. M. So: Wachenfeld, S. 205; Liszt-Schmidt, S. 331; Allfeld, S. 207 u. 221; Frank I, S. 118; Binding, Normen, 2. 892; Theodor, S. 39 u. 40 u. a.; a. M. z. B. Heilborn, S. 88; Kaatz, S. 27 u. 96; vgl. auch die beiden folgenden Fußnoten.
248) Vgl. Frank I, S. 118; Allfeld, S. 207; Liszt-Schmidt, a. a.

bar, anders aber, wenn er den Angestifteten schon vor Vollendung der strafbaren Handlung der Bestrafung überliefern will.[249])

Mit der vorsätzlichen Bestimmung eines anderen zu einer strafbaren Handlung ist begrifflich die Anstiftung vollendet.[250]) Eine andere Frage ist aber, ob sie damit auch schon strafbar ist. Nach dem geltenden Strafgesetzbuch kann dies nur verneint werden. Das Gesetz verlangt in § 48 ausdrücklich zur Strafbarkeit der Anstiftung, daß der vom Anstifter zur Verübung des Delikts Bestimmte dieses auch begangen hat. Es muß eine strafbare Täterhandlung vorliegen. Wie die Beihilfe, so ist also auch die Anstiftung akzessorisch, d. h. sie entlehnt ihre Strafbarkeit einer anderen Handlung, der sog. Haupthandlung oder Haupttat.[251]) Nach Absatz II des § 48 gilt dasselbe für die Höhe der Bestrafung. Hat der Angestiftete mehr oder etwas anderes getan, als der Anstifter wollte, handelt es sich somit um den sog. Exzeß, so haftet der Anstifter nur soweit als seinem Vorsatz entsprach.[252]) Unerheblich ist dagegen die Verwechslung rechtlich gleichwertiger Objekte, error in persona vel objecto, seitens des Täters.[253])

Was wir bei der Darstellung der Beihilfe über die Beschaffenheit der Haupthandlung ausführten, gilt auch für die strafbare Handlung des Angestifteten. Auch diese muß in jeder Hinsicht die Merkmale eines Verbrechens an sich tragen. Objektiv ist zum mindesten erforderlich, daß sie den Charakter einer Versuchshandlung trägt.[254]) Ferner muß sie

---

249) So u . a. Frank I, S. 118; Wachenfeld, Allfeld, Liszt-Schm. a. a. O.; van Calker Gr. S. 64; a. M. z. B.: Olshausen. S. 215 N. 14; Gerland, S. 150; Loewenheim, S. 50.

250) Vgl. v. Igel, S. 30.

251) So u. a. Frank I. S. 117; Beling L. v. V. S. 416; Liszt-Schmidt, S. 330; Büll, S. 34; v. Igel, S. 30; a. M. z. B. Theodor, S. 42.

252) Frank I. S. 119; Liszt-Schm., S. 329; Wachenfeld, S. 206, Allfeld, S. 222; Olshausen, S. 216 N. 16; Calker, Gr. S. 63.

253) So Frank I. S. 119; Beling L. v. V. S. 427 u. 428; Gerland S. 151; van Calker, S. 63; Lpz. Komm. S. 255; Wachenfeld, S. 191; Coenders, S. 246; Ibach, S. 79 ff. und andere; a. M. z. B. Binding, Normen 3,213; Berolzheimer, S. 35; Hermes, S. 37.

254) U. a. Allfeld, S. 205 u. 221; Liszt-Schmidt, S. 326; Frank I, S. 117; Beling, L. v. V. S. 416.

rechtswidrig sein.[255]) Und was die Schuldseite betrifft, so ist Vorsatz des Angestifteten zu verlangen.[256]) Denn wenn dem Wesen der Anstiftung entsprechend der Anstifter in dem Angestifteten den Entschluß hervorruft, ein Delikt zu begehen, letzterer sich also bestimmen läßt, so ist sein daraufhin erfolgendes Handeln nur als vorsätzliches denkbar.[257]) Die Strafbarkeit des Anstifters entfällt dagegen nicht, wenn der Täter nur persönlich nicht strafbar ist.[258]) Denn Strafbarkeit des Täters ist nicht mit Strafbarkeit der Handlung identisch.

Mit der Feststellung, daß der Angestiftete die strafbare Handlung vorsätzlich und als Folge der psychischen Beeinflussung des Anstifters verübt oder doch wenigstens zu verüben versucht, tritt deutlich der Unterschied von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft hervor. Diese beiden Begriffe ähneln sich darin, daß sich hier wie dort ein Mensch zur Verwirklichung seiner verbrecherischen Pläne einen Mitmenschen dadurch dienstbar macht, daß er ihn durch psychische Einwirkung bestimmt, an seiner statt das Delikt unmittelbar zu verüben. Der grundlegende Unterschied zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft liegt indessen in der verschiedenen Beschaffenheit der subjektiven Deliktseite des unmittelbar die strafbare Handlung Ausübenden. Während das Werkzeug, die Mittelsperson des mittelbaren Täters in den meisten Fällen ganz schuldlos, höchstens aber fahrlässig handelt, ist im Gegensatz hierzu die vom Anstifter zur Verübung des Delikts angestiftete Person selbst als vorsätzlicher Täter strafbar.

Wir erkennen nunmehr auch die Notwendigkeit der rechtlichen Anerkennung der mittelbaren Täterschaft. Häufig hat jemand die objektive Seite eines vorsätzlich zu begehenden Delikts verwirklicht, ohne selbst wegen fehlenden Vorsatzes zur Verantwortung gezogen werden zu können. Aus Gründen der Akzessorietät ist es auch nicht möglich,

---

255) Vgl. Beling L. v. V. S. 418; Lpz. Komm. S. 254; von Liszt-Schmidt S. 326.

256) U. a. Wachenfeld S. 205; Frank I S. 117; Liszt-Schmidt S. 328; Allfeld S. 221; Gerland S. 149; RGSt. Bd. 44 S. 429 (432); Bd. 49 S. 68 u. 69.

257) Vgl. v. Helldorff S. 29.

258) Vgl. Frank I. S. 117; Beling L. v. V. S. 419; Liszt-Schmidt S. 330; Olshausen S. 196; Doerr I. S. 77; Wilhelm Bauer S. 126.

denjenigen, der ihn zur Verwirklichung dieses unter Strafe gestellten Erfolges bestimmt hat, der Strafe als Anstifter zuzuführen, obwohl seine Straflosigkeit von der Rechtsordnung nicht gewollt sein kann. Die mittelbare Täterschaft ist in der Lage, die Lücke des Gesetzes auszufüllen. Und daß sie nicht bloß eine fingierte, sondern eine wirkliche, rechtlich durchaus haltbare, wenn auch besonders geartete Täterschaft ist, haben wir oben dargelegt.

Als Abschluß dieser Untersuchungen über das Wesen der Anstiftung nach geltendem Recht sei auf eine Frage eingegangen, die in der älteren Strafrechtswissenchaft zu lebhaften Meinungsverschiedenheiten Anlaß gegeben hat und auch heute noch nicht von allen Seiten gleich beantwortet wird.

Die eine Theorie geht dahin, daß die Anstiftung ihrem Wesen nach als intellektuelle Urheberschaft neben der physischen Urheberschaft aufzufassen ist. Der Grund für diese Auffassung liegt nach ihr in der Kausalität zwischen der bestimmenden Tätigkeit des Anstifters und dem eingetretenen Erfolg. Nach der anderen Theorie, vertreten von den Anhängern des Indeterminismus, ist die Anstiftung akzessorische Teilnahme. Sie hält die Anschauung von der intellektuellen Urheberschaft des Anstifters deshalb für unmöglich, weil dies den Angestifteten zum Werkzeug herabdrücke, was sich aber mit der freien Willensbestimmung des Menschen nicht vertrage. Vielmehr werde durch den freien Willen des Angestifteten der ursächliche Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Anstifters und dem endgültigen Erfolge unterbrochen, und der Angestiftete allein, nicht auch der Anstifter habe diesen Erfolg verursacht. Dadurch aber, daß trotz der Willensfreiheit des Angestifteten die Möglichkeit einer Einwirkung auf ihn seitens des Anstifters („relative Willensfreiheit") nicht geleugnet werden könne, rechtfertige sich die Bestrafung des Anstifters als Teilnehmers an der Tat des Angestifteten, obwohl er für den Erfolg nicht kausal sei.[259])

[259]) vgl. hierüber Loewenheim, S. 2 ff.; Liszt-Schmidt, S. 312 u. 313; Theodor, S. 19 ff.;

Die Gründe, welche die Indeterministen gegen die theoretische Möglichkeit der Anstiftung als intellektueller Urheberschaft anführen, sind für uns überzeugend. Davon abgesehen dürfte es nach geltendem Recht nicht zweifelhaft sein, daß dieses den Anstifter nicht als intellektuellen Urheber, sondern als Teilnehmer aufgefaßt wissen will.

Dafür spricht zunächst der Umstand, daß die Anstiftung im Gesetz unter dem mit „Teilnahme" überschriebenen Abschnitt behandelt wird. Dafür spricht aber vor allen Dingen, daß die Strafbarkeit des Anstifters von der Strafbarkeit des Angestifteten abhängig gemacht wird. Die Akzessorietät schließt intellektuelle Urheberschaft aus.[260])

Dagegen haben die Vertreter der erstgenannten Theorie richtig erkannt, daß zwischen Anstiftung und endgültigem Erfolg Kausalzusammenhang bestehen muß, worauf wir schon oben hingewiesen haben. Zu Unrecht leugnen daher die Indeterministen diese Kausalität. Sie glauben, eine solche vertrage sich nicht mit der Willensfreiheit des Angestifteten, welche nur eine gewisse, eine beschränkte Beeinflussung seitens des Anstifters zulasse. Unser Strafgeetzbuch hat zwar die Willensfreiheit des Angestifteten anerkannt, indem es von seiner Schuld seine eigene und damit des Anstifters Strafbarkeit abhängig macht.[261]) Indessen bedeutet dies keineswegs Leugnung der Kausalität des Anstifters. Von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch die vorsätzliche Tätigkeit des Angestifteten kann keine Rede sein.[262]) Die Kausalität des Anstifters, die dieser durch sein Bestimmen setzt, wird nicht unterbrochen, sondern nur fortgeführt dadurch, daß der Angestiftete den Entschluß faßt, die Tat zu begehen. Anstifter und Angestifteter sind Mitverursacher des verbrecherischen Erfolges.[263])

---

[260]) vgl. Coenders, S. 178 und S. 196/197; Wachenfeld, S. 204; Kaatz, S. 97; v. Michael, S. 10 u.. 11.

[261]) Vgl. Tosetti S. 32; Wilhelm Meyer S. 27.

[262]) So auch z. B. Wilhelm Bauer S. 121; vgl. ferner Coenders S. 189/190; Graf Bissingen S. 27 ff; A. M. z. B. Weinberg S. 50.

[263]) Aehnlich Ibach S. 28 u. 29.

Dritter Teil.

Täterschaft mit Teilnehmervorsatz.

Im ersten Teil der vorliegenden Arbeit zerlegten wir das Verbrechen in seine einzelnen Merkmale und stellten dabei eine objektive und eine subjektive, eine Tat- und eine Schuldseite fest. Wir führten weiter aus, daß zur objektiven Deliktsseite immer eine ganz bestimmte subjektive immer die vom Gesetz im Einzelfall gerade verlangte Schuldbeziehung treten muß, soll eine Bestrafung auf Grund desjenigen Gesetzes möglich sein, dessen Tatseite verwirklicht ist. Wir wiesen auch schon darauf hin, daß es häufig mit großen Schwierigkeiten verknüpft ist, festzustellen, ob im Einzelfall Tat- und Schuldseite sich decken, oder ob sie auseinanderfallen, divergieren, weil das Gesetz in § 59 St. G. B. nur mangelhaft sagt, wann ein rechtserheblicher Irrtum vorliegt. Im zweiten Teil der Arbeit setzten wir uns mit den Begriffen Täterschaft, Beihilfe, unmittelbarer Täterschaft und Anstiftung auseinander und zeigten, daß auch sie aus einer objektiven und einer dazu gehörigen und ganz bestimmt gearteten subjektiven Seite bestehen.

(§ 12.)

Allgemeines zum Problem.

In diesem Dritten Teil soll an Hand von Beispielen dargelegt werden, daß, wie innerhalb der Begriffe des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches, so auch innerhalb der Begriffe Täterschaft und Teilnahme aus dem Allgemeinen Teil eine Divergenz von objektiver und subjektiver Seite möglich ist, daß auch bei ihnen Tat- und Schuldseite auseinanderfallen können. Wie das Thema schon sagt, wollen wir uns aber auf das Problem „Täterschaft mit Teilnehmervorsatz" beschränken, dagegen nicht auch das Problem „Teilnahme mit Tätervorsatz" in die juristischen Untersuchungen mit hineinziehen. Im Anschluß daran sei dann versucht, die Divergenzfälle einer rechtlichen Lösung zuzuführen.

Zuvorderst indessen ist Klarheit darüber vonnöten, daß nur vom Standpunkt einer objektiven Theorie in der Teilnahmelehre ein Problem „Täterschaft mit Teilnehmervorsatz" denkbar ist. Wir erkannten als Wesen der subjektiven Teilnahmetheorie, daß die einzelnen Beteiligungsformen an einem Verbrechen objektiv gleichwertig sind, daher der Unterschied von Täterschaft bezw. Mittäterschaft und Beihilfe nicht auf objektivem, sondern lediglich auf subjektivem Boden gemacht werden darf, und daß je nach der Richtung innerhalb des subjektiven Standpunktes bald in der Verschiedenheit des dolus, bald in der des Zweckes und Interesses der Beteiligten dieser Unterschied gefunden wird. Da es nach der subjektiven Theorie allein von subjektiven Momenten abhängig ist, ob eine Tätigkeit,die zum Eintritt des unter Strafe gestellten Erfolges notwendige Bedingung, conditio sine qua non ist, sich juristisch als die eine oder die andere Beteiligungsform an einem Verbrechen darstellt, kann für sie in der Weise wie für die objektiven Theorien überhaupt unser Problem nicht vorhanden sein. Die Irrtumsfälle, die sich vom Standpunkt der objektiven Theorie objektiv als Täterschaft, subjektiv aber nicht als Täterschaft, sondern als Teilnahme darstellen, zeigen sich für die subjektive Theorie in ganz anderem Licht. Wir werden unten noch näher hierauf eingehen.

Endlich ist noch allgemein zu unserem Thema „Täterschaft mit Teilnahmervorsatz" zu sagen, daß es in zwei Formen Problem sein kann. Vom Standpunkt der objektiven Teilnahmetheorie kann es sich einmal objektiv um Täterschaft, subjektiv um Anstiftung handeln, also um „Täterschaft mit Anstiftervorsatz". Andermal aber ist auch Täterschaft nach der objektiven und Beihilfe nach der subjektiven Seite hin möglich. Im folgenden sei zunächst das Problem „Täterschaft mit Anstiftervorsatz" erörtert.

(§ 13)

Täterschaft mit Anstiftervorsatz.

Einige Beispiele werden uns sofort davon überzeugen, daß „Täterschaft mit Anstiftervorsatz" als Problem nicht lediglich theoretisches Interesse beanspruchen darf, vielmehr auch in der strafrechtlichen Praxis Bedeutung hat, da der Strafrichter nicht selten in die Lage versetzt sein wird, über Fälle von Divergenz objektiver und subjektiver Deliktsseite

bei einem Begriff aus dem Gebiet des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs sein Urteil zu fällen.

Erstes Beispiel: Der A trägt sich seit langem mit dem Gedanken, den ihm verhaßten V (V=Verletzter) aus dem Leben zu räumen. Diese Tat selbst auszuführen, wagt er nicht. Er verspricht daher dem M (M=Mittelsperson), den er für geistig völlig gesund hält, eine hohe Summe Geldes, wenn er dem V auflauert und ihn tötet. Durch das Versprechen der hohen Geldsumme bewogen, lauert M tatsächlich dem V auf, überfällt und tötet ihn. Nachher stellt sich heraus, daß er unzurechnungsfähig im Sinne des § 51 StGB. ist.

Da M nicht vorsätzlich, weil überhaupt nicht schuldhaft, gehandelt hat, kann er nicht als vorsätzlicher Täter nach § 211 StGB. wegen Mordes zur Verantwortung gezogen werden. Aus Gründen der akzessorischen Natur der Anstiftung ist es nicht möglich, den A, der den M zu der Tat verleitet hat, als Anstifter zu bestrafen, denn es mangelt an einer strafbaren Haupttat. Er kann höchstens unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Täterschaft zur Bestrafung herangezogen werden. Als Wesen der mittelbaren Täterschaft kennzeichneten wir oben den Willen, sich zur Erreichung eines gewollten Erfolges eines Mitmenschen zu bedienen, der aus irgend einem Grund, z. B. wegen Geisteskrankheit, nicht selbst vorsätzlicher Täter sein kann. A hat hiernach die objektive Seite der mittelbaren Täterschaft verwirklicht, denn M ist als seine Mittelsperson, als sein Werkzeug tätig geworden. Dagegen fehlt es bei A an der Verwirklichung auch der subjektiven Seite der mittelbaren Täterschaft. Er glaubte, der M sei ein geistig normaler Mensch. Er kannte daher nicht die Werkzeugeigenschaft der von ihm bestimmten Person. Zum Vorsatz des mittelbaren Täters gehört aber unbedingt, daß seine Vorstellung auch die Werkzeugeigenschaft umfaßt,[1]) worüber näher noch unten zu reden sein wird. A ist somit objektiv Täter, subjektiv Anstifter.

Zweites Beispiel: A ist der Ueberzeugung, daß ihm von Seiten des V bitteres Unrecht zugefügt worden ist. Er beschließt, an V dadurch Rache zu nehmen, daß er dessen aus Holz gebautes Landhaus während der Abwesenheit seiner Bewohner durch Feueranlegen vernichtet. Er selbst will

[1]) Vgl. Stoll S. 39; Merkel S. 25; vgl. auch Beling, L. v. V. S. 253.

aber die Tat nicht in eigner Person begehen, sondern durch einen anderen das Feuer anlegen lassen. Durch Bedrohung mit einer Schußwaffe bestimmt er den M, das Landhaus anzuzünden, welches vollständig niederbrennt. Nachher wird vom Strafrichter festgestellt, dass die Drohung des A gegenüber dem M nicht den Grad der Drohung im Sinne des § 48, wo Drohung als Anstiftungsmittel genannt ist, sondern darüber hinaus den in § 52 bezeichneten Grad gehabt hat.

Wir sagten bei Erörterung der mittelbaren Täterschaft, daß das Vorliegen einer Zwangslage im Sinn des § 52 StGB. für den zur Herbeiführung eines unter Strafe gestellten Erfolges Gezwungenen einen Entschuldigungsgrund abgibt. M kann somit nicht selbst als vorsätzlicher Täter wegen Brandstiftung bestraft werden, und weil es an einer strafbaren Haupttat mangelt, ist auch der Begriff der Anstiftung für den A rechtlich unmöglich. Für A ist wiederum nur zu Bestrafung als mittelbarer Täter Platz. Da der von ihm zur Begehung der Brandstiftung bestimmte M nicht selbst vorsätzlich handelt, erscheint dieser als Werkzeug des A. Nach der objektiven Seite hin ist mittelbare Täterschaft des A gegeben. A weiß jedoch nicht, daß seine Drohung mit dem Revolver den in § 52 bezeichneten Stärkegrad erreicht. Er kennt daher nicht die Werkzeugeigenschaft des M. Er hält sich nur für einen Anstifter. In diesem zweiten Beispiel handelt es sich somit wieder um Täterschaft mit Anstiftervorsatz.

Drittes Beispiel: An einem Krankenhaus ist A als Arzt, M als Krankenschwester angestellt. Unter den Patienten befindet sich auch der V, der bei A sowohl wie bei M sehr unbeliebt ist. A und M kommen überein, gelegentlich dem V einen Streich zu spielen. Einige Tage später läßt A der M mitteilen, sie solle dem V von der in seinem Arbeitszimmer bereit gestellten Medizin eingeben. A nimmt dabei als sicher an, M werde vor dem Eingeben selbstverständlich auf das Etikett der Medizinflasche sehen und dabei entdecken, daß es sich um ein für V schädliches Mittel und daher nur um eine Ausführung des verabredeten Streiches handele. M gibt, ohne sich die Medizin näher anzusehen, dem V davon. Dessen Krankheit verschlimmert sich dadurch. Er durchschaut, daß er Opfer eines üblen Streiches geworden ist. Es kommt zu einer Strafverhandlung gegen A und M, in welcher Fahrlässigkeit seitens M festgestellt wird.

Hier handelte es sich um einen jener Fälle objektiv mittelbarer Täterschaft, bei denen die Mittelsperson zwar nicht völlig schuldlos, aber doch wenigstens nicht vorsätzlich den unter Strafe gestellten Erfolg herbeigeführt hat. Die Krankenschwester M hat nur fahrlässig zur Körperverletzung des V beigetragen. Mangels Vorsatzes bei ihr ist wiederum aus Gründen der Akzessorietät Anstiftung seitens A zu einem vorsätzlichen Körperverletzungsdelikt ausgeschlossen. An anderer Stelle führten wir aus, daß mittelbare Täterschaft auch bei fahrlässigem Verhalten der Mittelsperson gegeben sein kann. So erscheint dann auch in diesem Fall M als Werkzeug des A zum vorsätzlichen Körperverletzungsdelikt. A ist jedoch nur nach der objektiven Seite hin mittelbarer Täter. Er hat die M zum Eingeben der für V schädlichen Medizin in der Ueberzeugung bestimmt, M werde ihrerseits vorsätzlich handeln und er selbst Anstifter zu vorsätzlicher Körperverletzung sein. Er irrt über die Werkzeugeigenschaft der Krankenschwester, sodaß wir auch hier wieder von Täterschaft mit Anstiftervorsatz sprechen können.

Diese drei Beispiele mögen genügen, um zu zeigen, daß auch im Gebiet der Begriffe Täterschaft und Anstiftung aus dem Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs Divergenz von objektiver und subjektiver Seite möglich ist. Die Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Es braucht wohl kaum betont zu werden, daß auch da Fälle von Divergenz möglich sind, wo objektiv mittelbare Täterschaft nicht wie in den aufgeführten Beispielen deshalb vorliegt, weil die unmittelbar das Delikt ausübende Person wegen Unzurechnungsfähigkeit, Zwangslage im Sinn des § 52 oder wegen Irrtums nicht selbst vorsätzlicher Täter ist, sondern aus einem der anderen bei Darstellung der mittelbaren Täterschaft genannten Gründe, etwa mangels Absicht bei den Absichtsdelikten. Es erübrigt sich jedoch, weitere Fälle des Auseinanderfallens von Tat- und Schuldseite im Gebiet von Täterschaft und Anstiftung zu bilden, da sie nur eine Wiederholung des bereits Gesagten bedeuten könnten.

Haben wir im Vorigen an Hand von Beispielen gezeigt, daß vom Standpunkt einer objektiven Theorie in der Teilnahmelehre bei den allgemeinen strafrechtlichen Be-

griffen Täterschaft und Anstiftung objektive und subjektive Seite auseinanderfallen, divergieren können, so ist jetzt darzulegen, wie solche Fälle, die nach dem Rechtsgefühl und damit auch nach dem wahren Willen der Rechtsordnung eine Bestrafung des vermeintlichen Anstifters und objektiven Täter verlangen, einer juristisch haltbaren Lösung zugeführt werden können.

Die Meinungen über die Strafbarkeit des objektiv mittelbaren Täters und subjektiv Anstifters gehen weit auseinander. Eine Reihe von Schriftstellern will in diesen Fällen wegen mittelbarer Täterschaft strafen, weil für sie keine Divergenz von Tat- und Schuldseite vorliegt. Zu ihnen gehört Max Ernst Mayer. Er hält den Irrtum für irrelevant. Gegenstand des Irrtums, so sagt er, sei die Verantwortlichkeit des Mitwirkenden, seine Folge eine fehlerhafte rechtliche Konstruktion. Hier handle es sich nicht um einen Irrtum über einen Tatumstand des § 59 StGB., sondern um einen Irrtum auf dem Gebiet der Zurechnung. Er wäre deshalb als Subsumtionsirrtum bedeutungslos und der Bestimmende als mittelbarer Täter zu bestrafen.[2])

Auch Allfeld ist der Ansicht, daß der vermeintliche Anstifter, der objektiv eine Täterhandlung durch Benutzung einer unzurechnungsfähigen Person begangen hat, als mittelbarer Täter zur Verantwortung zu ziehen ist. Er begründet seine Ansicht damit, daß sich der Anstifterwille vom Täterwillen nicht so wesentlich unterscheidet, daß er ihm nicht gleichgeachtet werden kann.[3])

Winter äußert sich zu der Frage folgendermaßen. Es könne überhaupt nicht von einem Täter-, Anstifter- und Teilnehmerdolus gesprochen werden. Es gäbe vielmehr nur einen einzigen dolus, und der sei auf den Erfolg der gesetzten Bedingung, auf das Verbrechen gerichtet. Der dolus des Täters, Anstifters oder des Gehilfen sei bei allen derselbe. Die Anstiftung könne von der mittelbaren Täterschaft nur dadurch unterschieden werden, daß bei ersterer eine vorsätzliche strafbare Handlung des die tatbestandsmäßige Handlung unmittelbar Vornehmenden gemäß § 48 StGB. vorliege. Hiernach seien diejenigen Fälle, in denen der Einwirkende Anstifter zu sein glaube und objektiv mittelbarer

[2]) M. E. Mayer S. 394.
[3]) Allfeld S. 215.

Täter sei, dahin zu entscheiden, daß der vermeintliche Anstifter als Täter bestraft werden müsse. Der Irrtum sei belanglos, weil darauf gerichtet, ob der andere sich wegen eines vorsätzlichen Deliktes strafbar mache oder nicht.[4])

Zu den Vertretern der Ansicht, daß in unseren Beispielen nach der objektiven wie subjektiven Seite hin mittelbare Täterschaft gegeben ist, zählt ferner Wachenfeld. Er führt für den Fall des Irrtums beim vermeintlichen Anstifter über die Zurechnungsfähigkeit der von ihm bestimmten Person aus, daß hier die äußere Struktur der mittelbaren Täterschaft vorliege. Und was das Verhältnis des Anstiftervorsatzes zum Tätervorsatz angehe, so genüge es, daß sich der Bestimmende den unter Strafe gestellten Erfolg vorstelle und in dieser Vorstellung handele. Er irre nur über die Modalitäten der Herbeiführung des Erfolges. Er habe an eine Unterbrechung der Kausalkette durch die von ihm bestimmte Person geglaubt, während tatsächlich eine solche Unterbrechung nicht möglich gewesen wäre. Sein Irrtum sei ein Irrtum über den Verlauf der Kausalkette und belanglos. Die Hauptsache, die Vorstellung vom Erfolg, bliebe in jedem Fall unverändert. Dies genüge zur Konstruktion des Tätervorsatzes und zur Annahme der Täterschaft.[5])

Auch nach Nagler fehlt es nicht an der subjektiven Seite der Täterschaft, wenn der objektiv mittelbare Täter über die Werkzeugeigenschaft der von ihm zur Begehung des Verbrechens bestimmten Person irrt, denn in Wirklichkeit, so begründet Nagler seinen Standpunkt, habe der Anstifter von vorneherein Tätervorsatz. Er wolle als intellektueller Urheber durch das Medium des andern alle Bedingungen zum Erfolg setzen. Sein Irrtum reduziere sich darauf, daß er seine Kausalität als durch die freie Handlung eines Verantwortlichen anderen vermittelt ansehe, während sie sich durch den anderen als vernunftberaubtes Werkzeug vollziehe. Es liege also nur eine Irrung über die Gruppierung der konkreten Bedingungen zum Erfolg vor. Eine solche aber entbehre der Erheblichkeit. Ungezwungen leite sich der Anstiftungsvorsatz zum Tätervorsatz im Sinn des Strafgesetzbuches über.[6])

[4]) Winter S. 30 u. 31.

[5]) Wachenfeld, ZStW. 40 S. 134.
Wachenfeld scheint in seinem Lehrbuch S. 190 diese Ansicht nicht mehr zu vertreten.

[6]) Nagler S. 149 u. 150.

Zum selben Ergebnis wie die aufgeführten Kriminalisten gelangen noch mehrere. So heißt es bei Liszt-Schmidt, vom Standpunkt der objektiven Theorie müsse maßgebend sein, daß die Anwendbarkeit der einen oder anderen Erscheinungsform des Verbrechens nicht vom subjektiven Meinen der Beteiligten abhängig sein könne. Nach Liszt-Schmidt ist deshalb ebenfalls der Irrtum in unserem Fall unerheblich.[7]) Dasselbe gilt weiterhin für Finger. Er sagt, der vermeintliche Anstifter irre nur darüber, auf welche Art er einen gewollten Erfolg herbei führe. Der Erfolg sei ihm zuzurechnen, der Irrtum belanglos.[8]) Auch Kohler mißt dem Irrtum keine rechtliche Bedeutung bei, und zwar deshalb nicht, weil er die Anstiftung als Täterschaft auffaßt.[9]) Zum selben Ergebnis endlich gelangen auch Petri und Clementz.[10])

Wenn wir oben Beispiele gebildet haben, um an ihnen zu zeigen, daß bei den Begriffen Anstiftung und Täterschaft genau so wie bei den Begriffen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs die objektive und subjektive Seite auseinanderfallen können, so ist damit schon gesagt, daß hier unseres Erachtens nicht, wie die vorgenannten Schriftsteller es wollen, wegen vollendeter mittelbarer Täterschaft bestraft werden kann, weil nach unserer Auffassung nur die objektive, nicht auch die subjektive Seite der mittelbaren Täterschaft durch den vermeintlichen Anstifter verwirklicht worden ist. Wir führten dann anschließend bereits zur Begründung dieser Ansicht kurz an, der dolus des objektiv mittelbaren Täters müsse die Werkzeugeigenschaft der von ihm benutzten Person mitumfassen.[11])

Wri glauben, daß die Werkzeugeigenschaft der vom mittelbaren Täter benutzten Person Tatumstand im Sinn des § 59 StGB. ist, daß aber nicht, wie M. E. Mayer meint, ein Irrtum hierüber ausschließlich auf dem Gebiet der Zurechnung liegt, ein bloßer Subsumtionsirrtum ist, als welcher er

[7]) Liszt-Schmidt S. 315 u. 316.
[8]) Finger S. 336.
[9]) Kohler S. 106 u. 116.
[10]) Petri S. 60 u. 61, Clementz S. 32 u. 33; Vgl. dazu auch Binding, Normen II S. 894.
[11]) Derselben Ansicht, wie erwähnt, Merkel S. 25; Stoll S. 39; Sachlich übereinstimmend auch Beling, L. v. V. S. 253.

nicht berücksichtigt werden dürfte. Gewiß irrt der vermeintliche Anstifter und zugleich objektiv mittelbare Täter über die rechtliche Bewertung der Handlung seiner Mittelsperson, über deren Strafbarkeit. Indessen ist die Unvorsätzlichkeit des Werkzeuges objektive Voraussetzung der mittelbaren Täterschaft und bildet damit für den mittelbaren Täter einen Teil der in ihm zu verwirklichenden Deliktsseite. Ist aber die Werkzeugeigenschaft der Mittelsperson objektives Deliktsmerkmal in Bezug auf den mittelbaren Täter, so muß sie auch gemäß § 59 von dessen Vorsatz umfaßt sein.

Entgegen Wachenfeld und Winter ist der Anstifterdolus dem Täterdolus nicht gleichzustellen. Zwar sind sie darin gleich, daß die Vorstellung auf den Erfolg gerichtet ist. Das genügt aber unseres Erachtens nicht zur Konstruktion des Tätervorsatzes und zur Annahme der Täterschaft. Die Gleichheit nimmt nur einen Teil des Wesens der beiden Vorsätze ein. Der andere Teil ist verschieden und muß es auch aus folgendem Grund sein. Die objektive Seite der Täterschaft ist anders beschaffen als die der Anstiftung. Da aber der Vorsatz aus einer psychischen Beziehung zur objektiven Deliktsseite besteht, muß bei einer Verschiedenheit der Tatseite zweier Begriffe notwendig auch der Vorsatz bei ihnen ein verschiedener sein, denn er bezieht sich jedesmal auf etwas anderes.

Aus demselben Grund ist nicht einmal der Vorsatz des unmittelbaren und des mittelbaren Täters identisch. Denn, wie wir gesehen haben, unterscheiden sich die objektiven Seiten der beiden Formen von Täterschaft wesentlich voneinander, und folgerichtig gilt dasselbe auch für die subjektive Seite. Einmal ist der Vorsatz auf eigenhändige Begehung der strafbaren Handlung gerichtet, andermal auf psychische Einwirkung auf ein menschliches Werkzeug, d. h. auf eine unvorsätzlich handelnde Person, zum Zweck der Verbrechungsverübung durch dieses Werkzeug.

Was aber für das Verhältnis der mittelbaren zur unmittelbaren Täterschaft gilt, gilt erst recht für das Verhältnis von Täterschaft zu Anstiftung. Der Vorsatz des nur vermeintlichen Anstifters kann den Täterdolus nicht ersetzen. Uebereinstimmend mit diesem vorläufigen Ergebnis wird in der Wissenschaft denn auch überwiegend in den von uns gebildeten Fällen Divergenz von Tat- und Schuldseite angenommen und folglich eine Bestrafung wegen vollendeter

mittelbarer Täterschaft als unmöglich abgelehnt.[12]) Damit ist indessen das Problem „Täterschaft mit Anstiftervorsatz" noch keiner positiven Lösung zugeführt.

Eine andere auch mehrfach in der Literatur vertretene Meinung will unser Problem „Täterschaft mit Anstiftervorsatz" in befriedigender Weise dadurch lösen, daß es den objektiv Täter, aber vermeintlichen Anstifter wegen Anstiftung zur Verantwortung zieht.

Ausführlich begründet in dieser Richtung Schreiber seinen Standpunkt. Er führt aus, wenn jemand mittelbar eine Täterhandlung begehe, so habe er damit mehr als eine Anstiftungshandlung begangen. Diese sei der Täterhandlung gegenüber das Minus, denn die Täterhandlung schließe die Teilnahmehandlung ohne weiteres in sich ebenso wie der Tätervorsatz den Vorsatz des Teilnehmers. Dies ergebe sich aus dem Gesetz dadurch, daß der Täter nicht auch noch wegen Teilnahme an derselben Tat verurteilt werden könne, denn die Täterhandlung konsumiere die Teilnahmehandlung. Bei „Täterschaft mit Anstiftervorsatz" sei die schwerste Form der Beteiligung an einem Verbrechen verwirklicht, eine Bestrafung aber nur soweit möglich, als der Vorsatz reiche. Dieser gehe auf Anstiftung. Und deshalb könne zwar nicht wegen des objektiven Plus, wohl aber wegen Anstiftung gestraft werden.

Gegenüber dem verschiedentlich erhobenen Einwand, Bestrafung wegen Anstiftung sei nicht möglich, weil Anstiftung eine Haupttat voraussetze, die aber im zu entscheidenden Fall fehle, führt Schreiber aus, man übersehe, daß es sich gar nicht um eine Teilnahmetätigkeit handle, weil, objektiv gesehen, mittelbare Täterschaft vorliege. Daß statt einer akzessorischen Teilnahmehandlung eine Täterhandlung gegeben sei, wäre gerade das Charakteristische des in Frage stehenden Falles. Das Vorhandensein einer strafbaren Haupttat eines anderen würde einer mittelbaren Täterhandlung im Wege stehen. Eine mittelbare Täterhandlung, die sich an eine andere Straftat anschließen müßte, um eine

[12]) Man vergleiche die Literaturangaben bei Frank I S. 103 und 104; M. E. Mayer S. 394; Schreiber S. 26 ff.

juristische Daseinsberechtigung zu haben, sei ein Widerspruch in sich selbst.[13])

Zum nämlichen Ergebnis wie Schreiber gelangt auch Frank. Er sagt, der vermeintliche Anstifter habe mehr getan als seinem Vorsatz entspreche, und das Plus dürfe ihm nach der Vorsatzlehre nicht zugerechnet werden. Es bestehe aber auch kein Grund, ihn einen Vorteil daraus ziehen zu lassen. Er bleibe daher in dem Maße strafbar, wie er es als Anstifter gewesen wäre. Es treffe ihn also die Täterstrafe.[14])

Aehnlich Frank spricht auch Oetker von diesem Plus-Minus-Verhältnis von Täterschaft und Anstiftung und will den objektiv mittelbaren Täter und subjektiv Anstifter wegen Anstiftung bestrafen.[15]) Oetker äußert sich an anderer Stelle zu der Frage wie folgt. „Kannte der Anstifter die Zurechnungsunfähigkeit des Täters, so ist er selbst als Täter haftbar. Kannte er dieselbe nicht, so ist das kein Grund, ihn straffrei zu lassen; aber es kann ihm nun nicht Täterschaft, sondern nur Anstiftung imputiert werden".[16])

Wer mit Höpfner die akzessorische Natur der Anstiftung leugnet, gelangt natürlich ebenfalls zur Bestrafung wegen Anstiftung.[17]) Da der Ausgangspunkt nicht im Einklang steht mit dem, was wir bei der Anstiftung über deren Akzessorietät ausgeführt haben, scheidet die Ansicht Höpfners für uns von vorneherein als unrichtig aus.

Herzog und Oppler wollen desgleichen in den Fällen, wo jemand einen Unzurechnungsfähigen in Unkenntnis von dessen Geisteskrankheit zur Begehung eines Verbrechens bestimmt, wegen Anstiftung strafen. Sie gelangen zu diesem Ergebnis, weil sie in der Tat des Unzurechnungsfähigen die für die Strafbarkeit der Anstiftung erforderte strafbare Haupthandlung erblicken. Herzog meint, der richtig verstandene § 48 stehe einer solchen Auffassung nicht entgegen, sobald man daran festhalte, daß der Begriff der strafbaren Handlung in § 48 ein anderer sei als in § 51.[18]) Nach Oppler

---

[13]) Schreiber S. 28 u. 29.
[14]) Frank I S. 103; In früheren Auflagen seines Lehrbuchs wird fahrlässige Täterschaft angenommen.
[15]) Oetker, Ger. S. 68 S. 307.
[16]) Oetker, Handbuch des Strafproz. von Glaser Bd. 3, S. 131 N. 9.
[17]) Höpfner, ZStW. 26 S. 619.
[18]) Herzog, Ger. S. 24, S. 450.

fehlt es an der strafbaren Haupttat deshalb nicht, weil er die Unzurechnungsfähigkeit im Sinn des § 51 als lediglich persönlichen Strafausschließungsgrund ansieht.[19])

Die Meinungen von Herzog und Oppler scheinen uns nicht haltbar zu sein. Wir können entgegen Herzog nicht einsehen, daß in § 48 unter strafbarer Handlung etwas anderes zu verstehen ist als in § 51. Wenn er seinen Standpunkt so verstanden haben will, daß bei Unzurechnungsfähigkeit zwar nur nach außen hin eine strafbare Handlung vorliegt, aber diese äußere Verbrechensfigur schon rechtfertigt, Anstiftung anzunehmen, so dürfte die Ansicht nicht richtig sein.[20]) Und daß es sich entgegen Oppler im Fall des § 51 nicht bloß um einen persönlichen Strafausschließungsgrund, sondern um einen allgemeinen Schuldausschließungsgrund handelt, wird wohl kaum sonst in der Literatur bestritten.[21])

Aber auch mit den Begründungen, die von den anderen Schriftstellern gegeben werden, um in unseren Fällen der Täterschaft mit Anstiftervorsatz eine Bestrafung wegen Anstiftung zu rechtfertigen, können wir uns nicht einverstanden erklären. Wenn Frank sagt, es bestehe kein Grund, den objektiv mittelbaren Täter, den wegen dieser objektiven Täterschaft auch als Täter zu strafen nur mangels Tätervorsatzes unmöglich sei, daraus einen Vorteil ziehen zu lassen, so kann dem nur beigepflichtet werden. Jedoch darf eine Bestrafung nur dann erfolgen, wenn sie auch rechtlich begründet werden kann. Bei einer Bestrafung wegen Anstiftung scheint es uns aber daran zu fehlen. Wir halten eine solche aus Gründen der Akzessorietät für unmöglich.[22])

Wenn Schreiber gegenüber diesem auch von anderer Seite schon vorgebrachten Einwand ausführt, eine Bestrafung wegen Anstiftung trotz fehlender Haupttat sei dennoch möglich, weil man übersehe, daß es sich gar nicht um eine Teilnahmetätigkeit, sondern objektiv um mittelbare Täterschaft handele, so vermag uns dies nicht zu überzeugen.

---

[19]) Oppler, Ger. S. 70, 404.
[20]) Vgl. nur Frank I. S. 115; Allfeld S. 221 u. a.
[21]) Vgl. dazu Liszt-Schmidt S. 230.
[22]) Vgl. Kluckhohn, Ger. S. 86, 316; Beling, L. v. V. S. 398.

Zwar hat der vermeintliche Anstifter objektiv durch ein menschliches Werkzeug eine Täterhandlung begangen. Da er dieserhalb aber mangels Tätervorsatzes nicht als Täter bestraft werden kann, findet die Handlung als Täterhandlung bei dem Versuch, den Fall in anderer Weise einer juristisch haltbaren Lösung zuzuführen, auch keine Verwendung mehr. Soll darum die Möglichkeit der Bestrafung des vermeintlichen Anstifters, aber objektiv des Täters wegen Anstiftung dargetan werden, so darf die Handlung nicht mehr unter dem Gesichtspunkt der Täterhandlung, sondern nur noch unter dem der Anstiftungshandlung erscheinen. Die Tätigkeit des vermeintlichen Anstifters ist aber objektiv nicht Anstiftungshandlung, da es an einer strafbaren Haupttat eines anderen fehlt. Infolge dessen glauben wir, daß es rechtlich nicht möglich ist, unser Problem „Täterschaft mit Anstiftervorsatz" durch Bestrafung wegen Anstiftung zu lösen.

In richtiger Erkenntnis dessen, daß in unseren Fällen die Möglichkeit einer Bestrafung wegen vollendeter mittelbarer Täterschaft mangels Tätervorsatzes und einer Bestrafung wegen Anstiftung mangels strafbarer Haupthandlung eines anderen verneint werden muß, gelangt eine dritte Meinung in der Literatur dazu, die Möglichkeit einer Bestrafung des vermeintlichen Anstifters überhaupt für ausgeschlossen zu halten.

Hierher ist Beling zu zählen. Für ihn sind Tätervorsatz und auf akzessorische Teilnahme gerichteter Vorsatz inhaltlich verschieden, indem sich der eine auf Tatbestandsverwirklichung gleich „Ausführung" (animus auctoris), der andere auf eine bloße Vorbereitungs- oder Nebenhandlung (animus socii) richtet. In den Fällen, wo jemand mit animus socii eine Ausführungshandlung begangen hat, gibt es nach Beling keine Bestrafung als Täter wegen Fehlens des Tätervorsatzes, auch nicht Bestrafung als Teilnehmer wegen Fehlens der Haupttat.[23])

Nach Stoll liegt in unseren Fällen höchstens ein Versuch der Anstiftung vor, der der akzessorischen Natur der Anstiftung aber fremd sei, sodaß auf Freispruch erkannt

[23]) Beling, L. v. V. S. 398.

werden müßte.[24]) Majer gelangt zum selben Ergebnis. Anstiftung wäre, so sagt er, infolge des Grundsatzes der Akzessorietät nicht möglich. Folglich bliebe nur noch die Möglichkeit einer Bestrafung wegen mittelbarer Täterschaft. Da aber nur Anstiftervorsatz, nicht auch Täterdolus gegeben sei, könne nicht wegen Täterschaft gestraft werden. Der vermeintliche Anstifter gehe somit straffrei aus.[25])

Zu den Schriftstellern, welche in den Fällen mittelbarer Täterschaft mit Anstiftervorsatz die Möglichkeit einer Bestrafung des vermeintlichen Anstifters überhaupt für ausgeschlossen halten, gehört auch Merkel. Er sieht sich außerstande, wegen Anstiftung zu bestrafen, weil es an einer strafbaren Haupttat fehle. Für mittelbare Täterschaft sei nur Raum, wenn der die Tat Anregende die mangelnde Schuldfähigkeit der von ihm zur Begehung des Verbrechens bestimmten Person kenne.[26]) Dieselbe Ansicht endlich vertritt de lege lata auch Wach.[27])

Der Standpunkt der letztgenannten Schriftsteller scheint uns zwar richtiger zu sein als der, den die Vertreter der beiden ersten von uns dargestellten Richtungen, die sich um eine Lösung des Problems „Täterschaft mit Anstiftervorsatz" bemühen, einnehmen, vermag aber auch nicht zu befriedigen, da er keine positive Lösung bringt. Eine solche ist aber im höchsten Grade wünschenswert. Der Wille der Rechtsordnung kann nicht auf Straflosigkeit in unseren Fällen gerichtet sein. Und, wie wir sogleich sehen werden, ist eine positive und juristisch haltbare Lösung unserer Frage auch möglich.

Eine vierte Meinung geht dahin, daß bei Täterschaft mit Anstiftervorsatz eine Bestrafung wegen fahrlässiger Täterschaft erfolgen kann. So führt von Birkmeyer aus, es komme darauf an, ob derjenige, der als Teilnehmer eine Bedingung zu setzen glaubte und beabsichtigte, während er in Wahrheit den Erfolg verursacht habe, bei reiflichem Nach-

[24]) Stoll S. 39 u. 40.
[25]) Majer S. 26 u. 27.
[26]) Merkel S. 25.
[27]) Wach, DJZ. 1911, 961.

denken den Erfolg als mögliche Wirkung seiner Tätigkeit hätte voraussehen können oder nicht. Ersterenfalls sei er nicht als Teilnehmer, sonder als kulposer Täter zu strafen.[28])

Berolzheimer sagt zu unserem Fall, man wäre geneigt, Versuch der Teilnahme eventuell in Idealkonkurrenz mit fahrlässiger Begehung des Delikts anzunehmen, falls der Handelnde den Erfolg als mögliche Wirkung seiner Tätigkeit voraussehen konnte. Nun kenne aber die akzessorische Natur der Teilnahme keinen Versuch der Teilnahme. Es bleibe sonach nur kulpose Täterschaft übrig. Könne man aber dem Handelnden eine Fahrlässigkeit nicht zum Vorwurf machen, so gehe er straflos aus.[29])

In gleicher Weise wie Birkmeyer und Berolzheimer entscheiden auch Wuttig und Wilhelm Bauer in der Frage „Täterschaft mit Anstiftervorsatz",[30]) endlich auch Hergt mit dem Bemerken, es werde sich nicht bestreiten lassen, daß eine Bestrafung wegen fahrlässiger Täterschaft, so unbefriedigend sie auch sein möge, dem geltenden Recht gegenüber die einzig mögliche Lösung der Streitfrage sei.[31])

Auch Verfasser der vorliegenden Arbeit hält es für rechtlich unbedenklich, dem objektiv mittelbaren Täter und subjektiv Anstifter wegen fahrlässiger Täterschaft zur Verantwortung zu ziehen. Diese Entscheidung kann in ihrem objektiven Teil aus folgendem Grund wohl kaum als unrichtig angefochten werden. Der Ausgangspunkt unserer Untersuchungen war der, daß in den von uns gebildeten Beispielen objektiv Täterschaft vorliegt, und zwar in der Form mittelbarer Täterschaft, weil eine unvorsätzlich handelnde Person durch psychische Einwirkung zur Tat bestimmt wird. Wir sehen keine Bedenken, diese objektiv mittelbare Täterschaft, die mangels Tätervorsatzes nicht als mittel-Täterschaft strafbar ist, unter dem Gesichtspunkt der fahrlässigen Selbsttäterschaft als deren objektiver Seite genügend anzusprechen.

Wenn überhaupt theoretische Bedenken gegen eine Bestrafung wegen fahrlässiger Täterschaft im Falle der „Täterschaft mit Anstiftervorsatz" erhoben werden können,

---

[28]) Birkmeyer, Teilnahme, S. 132.
[29]) Berolzheimer S. 33 u. 34.
[30]) Wuttig S. 109; Wilh. Bauer S. 105.
[31]) Hergt, Teilnahme am Verbrechen, S. 135.

dann unseres Erachtens höchstens gegen die subjektive Seite der Entscheidung. Der Einwand von Petri, es sei unrichtig, den vorsätzlich zur Tat Bestimmenden wegen Fahrlässigkeit zu strafen,[32]) dürfte nicht stichhaltig sein. Denn es ist sehr wohl möglich, daß jemand, der eine bestimmte Norm zu übertreten beabsichtigt, bei der Ausführung gleichzeitig ein anderes gesetzliches Gebot oder Verbot übertritt, dessen Schuldform in Fahrlässigkeit besteht. Kann er wegen des ersten Deliktes nicht bestraft werden, weil aus irgend einem Grund der Vorsatz fehlt, so schließt dies nicht die Möglichkeit einer Bestrafung wegen des zweiten Deliktes aus.

Das Wesen der Fahrlässigkeit hatten wir im ersten Teil dieser Arbeit als diejenige psychische Beziehung des Handelnden zur Tat gekennzeichnet, bei der die Vorstellung von dem unter Strafe gestellten Erfolg wegen mangelnder Aufmerksamkeit oder wegen mangelnder Vorsicht fehlt, welche vom Täter nach den begleitenden Umständen und seinen Fähigkeiten erwartet werden kann. In unserem Fall fehlt die Vorstellung des scheinbaren Anstifters vom Erfolg zwar nicht; er weiß, daß er eintreten wird. Jedoch stellt er sich den Erfolg nicht als sein Werk vor, sondern als das eines anderen, nur als das letzte Glied einer Kausalkette, deren einzelne Zwischenglieder ihm verborgen bleiben. Sobald neben dem Erfolg auch diese in der Vorstellung leben, handelt es sich um Vorsatz. Kennt er dagegen aus mangelnder Vorsicht oder Aufmerksamkeit, die von ihm erwartet werden kann, die Zwischenglieder in der Kausalität nicht, weiß er nicht, daß der Erfolg sein Werk wird, obwohl er es wissen müßte, so ist hier ebenso wie in dem Regelfall, wo es überhaupt an der Vorstellung des Erfolges fehlt, Fahrlässigkeit gegeben.

Selbstverständlich hängt die Möglichkeit der Bestrafung wegen fahrlässiger Täterschaft immer davon ab, ob im Einzelfall auch von einem Außerachtlassen gebotener Vorsicht und Aufmerksamkeit geredet werden kann. An einigen Beispielen sei dargestellt, wann es u. E. angängig ist, den scheinbaren Anstifter wegen fahrlässiger Täterschaft zu bestrafen.

Erster Fall: Wir legen das erste Beispiel, das wir oben gaben, um daran die Möglichkeit einer Divergenz von

[32]) Petri S. 60.

Tat- und Schuldseite bei Täterschaft und Anstiftung zu zeigen, zu Grunde. Es handelte sich um die Bestimmung des Geisteskranken M, den aber A, der Bestimmende, für gesund hielt, durch Versprechen einer hohen Summe Geldes zur Begehung einer Tötungshandlung an V. Nehmen wir nun an, M habe ein Verhalten an den Tag gelegt, welches ein normaler Mensch niemals einschlagen würde; nehmen wir dazu noch an, A sei es bekannt gewesen, daß M lange Zeit in einer Irrenanstalt zugebracht hat.

Hier darf man wohl berechtigt sein, zu sagen, A habe den V fahrlässig getötet, nicht nur nach der objektiven, sondern auch nach der subjektiven Seite hin sei § 222 durch A verwirklicht worden. Dem A hätte bei der Bestimmung des M zu der Tat dessen früherer langjähriger Aufenthalt in einer Irrenanstalt einfallen müssen, jedenfalls in Verbindung mit dem abnormen Verhalten des M im Augenblick seiner Benutzung als Werkzeug. Ihm würde es bei einiger Aufmerksamkeit nicht entgangen sein, daß M noch immer an Geisteskrankheit leidet, daß daher die Tötung des V durch den M nicht das Werk des M, sondern nur sein eigenes sein kann. A hat es indessen an der Sorgfalt fehlen lassen, Der Erfolg ist ihm daher zuzurechnen.

Zweiter Fall: Wir legen das zweite oben gegebene Beispiel zu Grunde, wo es sich darum handelte, daß A den M durch Bedrohung mit einer Schußwaffe dazu bestimmte, das Haus des V anzuzünden. Nehmen wir an, A habe den M nicht aus den Augen gelassen, sondern stets die Schußwaffe bedrohlich auf ihn gerichtet, um ihn zur Tat zu bewegen. Hier müßte sich A sagen, daß der von ihm zur Brandstiftung bestimmte M nur tätig wurde, weil ihm gar nichts anderes zu tun übrig blieb, wollte er nicht Gefahr laufen, von A erschossen zu werden. Bei einem nur ganz geringen Maß von Aufmerksamkeit hätte sich A sagen müssen, daß M, weil nur unter dem Druck der äußersten Notlage handelnd, nicht selbst als schuldhaft handelnd, sondern nur als sein willensberaubtes Werkzeug in Frage kommen konnte. A kann daher auch hier wieder als fahrlässiger Selbsttäter zur Verantwortung gezogen werden.

Wir beenden diesen Abschnitt mit dem Zugeständnis an Schreiber,[33]) daß die Lösung des Problems „Täterschaft

[33]) Schreiber S. 26 u. 27.

mit Anstiftervorsatz" durch Bestrafung des scheinbaren Anstifters wegen fahrlässiger Täterschaft auch nur ein Notbehelf sein kann, um dessen nach dem Rechtsgefühl notwendig erscheinende Bestrafung zu ermöglichen, und zwar nur ein Notbehelf deshalb, weil einmal vielfach der scheinbare Anstifter in entschuldbarem Irrtum über die Unverantwortlichkeit der von ihm bestimmten Person befangen sein wird, andermal aber überhaupt eine Bestrafung wegen fahrlässiger Täterschaft nur in den verhältnismäßig seltenen Fällen erfolgen kann, in denen der Gesetzgeber ausdrücklich schon die fahrlässige Herbeiführung des Erfolges mit Strafe bedroht.

(§ 14)

Täterschaft mit Gehilfenvorsatz.

Haben wir im Vorhergehenden die Fälle erörtert, in denen es sich objektiv um mittelbare Täterschaft, subjektiv um Anstiftung handelt, so soll nunmehr jener Fall dargestellt werden, in dem zu objektiv mittelbarer Täterschaft subjektiv die zweite mögliche Teilnahmeform, die Beihilfe tritt. Zunächst sei ein Beispiel für „Täterschaft mit Gehilfenvorsatz" gebracht.

Beispiel: A kommt hinzu, wie M, den er für geistig ganz gesund hält, mit gezücktem Messer auf den Hund des V losgeht, um ihn zu töten. Da ihm der Hund früher einmal ein Huhn totgebissen hat und auch jetzt stets in seinen Hühnergarten einzudringen versucht, sieht er eine günstige Gelegenheit, den Gefährder seines Hühnerbestandes für alle Zeiten loszuwerden, ohne selbst den Hund töten zu müssen. Er hilft daher dem M beim Einfangen des Hundes, sodaß dieser von M getötet werden kann. Nachher stellt sich bei M Unzurechnungsfähigkeit im Sinn des § 51 StGB. heraus.

Da M nicht vorsätzlich, weil überhaupt nicht schuldhaft, gehandelt hat, kann er nicht als vorsätzlicher Täter nach § 303 StGB. wegen vorsätzlicher Sachbeschädigung bestraft werden. Aus Gründen der akzessorischen Natur der Beihilfe ist es nicht möglich, den A, der den M beim Einfangen des Hundes geholfen und damit eine conditio sine qua non zum Erfolg gesetzt hat, wegen Beihilfe zur Sachbeschädigung zur Verantwortung zu ziehen. Er kann daher höchstens unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Täterschaft bestraft werden. Wir hatten an anderer Stelle ausge-

führt, daß zwar in aller Regel der mittelbare Täter sein menschliches Werkzeug zu der von ihm gewünschten Handlung bestimmen wird, daß man aber auch durch eine bloße Unterstützung der ausführenden Tätigkeit eines unvorsätzlich Handelnden mittelbarer Täter werden kann. A hat hiernach die objektive Seite der mittelbaren Täterschaft verwirklicht, nicht aber auch die subjektive Seite, denn er glaubte, M sei ein geistig gesunder Mensch und er befördere die Tat eines vorsätzlich Handelnden. Kenntnis der Werkzeugeigenschaft ist aber, wie wir oben darlegten, Voraussetzung des Tätervorsatzes bei der mittelbaren Täterschaft. A ist daher objektiv Täter, subjektiv Gehilfe.

Wir sehen, daß es nicht nur Fälle gibt, in denen objektiv mittelbare Täterschaft, subjektiv Anstiftung vorliegt, sondern auch solche, bei denen zur objektiven Täterschaft subjektiv Beihilfe hinzutritt. Wie hinsichtlich der Frage „Täterschaft mit Anstiftervorsatz", so gehen auch hinsichtlich des Problems „Täterschaft mit Gehilfenvorsatz" die Meinungen über die Strafbarkeit des sich über seine objektive Täterschaft Irrenden weit auseinander.[34])

Winter will wie bei Täterschaft mit Anstiftervorsatz so auch hier wegen vollendeter Täterschaft strafen. Wie bereits gesagt, gibt es für ihn keinen besonderen Täter- und Teilnehmerdolus, sondern nur einen einzigen auf den Erfolg der gesetzten Bedingung, auf das Delikt gerichteten Vorsatz. Winter äußert sich zu unserer Frage dann wie folgt. Täter und Teilnehmer hätten denselben dolus. Mittelbarer Täter und Gehilfe seien beide an der tatbestandsmäßigen Tätigkeit nicht beteiligt. Um den Unterschied zwischen ihnen finden zu können, müsse das Vorliegen der Voraussetzungen des § 49 StGB. geprüft werden. Liege eine strafbare Handlung desjenigen vor, der die tatbestandsmäßige Handlung vornimmt, so handle es sich bei dem anderen um Beihilfe. Fehle bei ersterem eine vorsätzliche strafbare Handlung, dann sei bei dem anderen mittelbare Täterschaft gegeben. Ein Irrtum über Täterschaft oder Teilnahme wäre belang-

[34]) Manche Schriftsteller haben nur zu dem Problem „Täterschaft mit Anstiftervorsatz" Stellung genommen.

los. Wer nicht wisse, daß der von ihm Unterstützte geisteskrank sei, werde demnach als Täter bestraft.[35])

Auch Clementz will bei Täterschaft mit Gehilfenvorsatz den scheinbaren Gehilfen wegen vollendeter Täterschaft strafen. Zunächst irre dieser nur darüber, ob der von ihm Unterstützte sich strafbar mache, doch ferner mittelbar darüber, ob er Täter oder Teilnehmer sei. Er wäre also nur über die Art der Herbeiführung des gewollten Erfolges im Unklaren. Wer nicht wisse, daß der von ihm Unterstützte geisteskrank sei, werde demnach als Täter bestraft. Am Tätervorsatz fehle es nicht, da dieser sich nur auf den objektiven Tatbestand der einzelnen Straftat beziehe.[36])

Gerland äußert sich nicht ausgesprochen zum Problem Täterschaft mit Anstifter- oder Gehilfenvorsatz, sondern ganz allgemein zum Fall des Irrtums über Täterschaft und Teilnahme. Er sagt, der Unterschied zwischen Täterschaft und Teilnahme liege lediglich auf objektivem Gebiet. Damit sei notwendig ein Irrtum über die Form der Beteiligung an einem Verbrechen ohne Bedeutung.[37]) Gerland wird daher auch in unseren Irrtumsfällen aus dem Gebiet der mittelbaren Täterschaft zur Bestrafung wegen vollendeter mittelbarer Täterschaft gelangen. Dasselbe dürfte auch von Finger gelten, der den Fall des Irrtums beim scheinbaren Gehilfen analog wie bei der Anstiftung lösen will.[38])

Daß eine Bestrafung des vermeintlichen Gehilfen wegen vollendeter mittelbarer Täterschaft unseres Erachtens rechtlich nicht haltbar ist, wurde schon oben zum Ausdruck gebracht, indem wir unser Beispiel als einen Fall der Divergenz von Tat- und Schuldseite hinstellten und sagten, daß hier objektiv mittelbare Täterschaft, subjektiv nur Beihilfe vorliege, nicht aber auch Täterschaft, weil der Täterdolus bei der mittelbaren Täterschaft auch die Werkzeugeigenschaft der zur Tat bestimmten Person bezw. der bei der Verübung der Tat unterstützten Person umfassen müßte. Eine nähere Begründung für das Fehlen des Täterdolus erübrigt sich an dieser Stelle, weil wir bei Erörterung

[35]) Winter S. 30 u. 31.
[36]) Clementz S. 32 u. 33.
[37]) Gerland S. 145.
[38]) Finger S. 358 in Verbindung mit S. 336.

des Problems „Täterschaft mit Anstiftervorsatz" schon zu der Frage Stellung genommen haben. Wir dürfen daher darauf verweisen.[39]) Da es bei dem scheinbaren Gehilfen nach unserer Meinung am Tätervorsatz fehlt, ist seine Bestrafung als mittelbarer Täter rechtlich unmöglich.[40])

Eine zweite Meinung geht dahin, bei Täterschaft mit Gehilfenvorsatz wegen vollendeter Beihilfe zu strafen. Hierher ist Allfeld zu zählen. Bekanntlich setzt er den Anstifterdolus dem Täterdolus gleich. Dasselbe gilt nach ihm aber nicht auch für die Beihilfe. Er sagt, wer nur Beistand leisten wolle und die Täterschaft einem anderen überlasse, den er für verantwortlich halte, könne nicht mit der Strafe des Täters belegt werden. Auch die Annahme völliger Straflosigkeit sei unrichtig, desgleichen Bestrafung wegen fahrlässiger Täterschaft. Vielmehr müsse gesagt werden, daß zwar objektiv mittelbare Täterschaft gegeben, aber die irrtümliche Annahme, nur als Gehilfe tätig zu sein, gemäß § 59 StGB. zu berücksichtigen sei, also nur wegen Beihilfe gestraft werden könne.[41])

Zum selben Ergebnis gelangt auch Kohler mit folgender Begründung. Wenn jemand einem unzurechnungsfähigen Menschen eine unterstützende Tätigkeit angedeihen lasse, welche sich als Beihilfe charakterisieren würde, wenn er sie einem Zurechnungsfähigen gewährte, und wenn ihm dabei die Unvernunft des Täters nicht bekannt sei, so wolle er sich der vernünftigen Tätigkeit desselben unterwerfen und er selbst in der entwickelten vernunfterfüllten Tätigkeit nur eine geringe Rolle spielen. Er sei mithin lediglich wegen Beihilfe zu bestrafen.[42])

Schreiber hatten wir bei Erörterung des Problems „Täterschaft mit Anstiftervorsatz" als Vertreter derjenigen Meinung kennen gelernt, welche wegen Anstiftung strafen will. Was Schreiber über die Bestrafung des scheinbaren Anstifters, aber objektiv Täters ausführt, gilt nach ihm nun ganz ebenso auch für den Fall der Täterschaft mit Gehilfen-

[39]) Vgl. dazu auch Coenders S. 261.
[40]) Vgl. auch Geyer, Goltd. Arch. 16 S. 604; Horn Ger. Saal 54 S. 376.
[41]) Allfeld S. 215 u. 216 N. 8.
[42]) Kohler S. 99 u. 100.

vorsatz. Wenn wir daher auf das oben über ihn Ausgeführte zurückgreifen und es entsprechend auf die Beihilfe beziehen, so ergibt sich als seine Ansicht in der Frage „Täterschaft mit Gehilfenvorsatz" folgendes.

Objektiv ist eine Täterhandlung, also nach der lex lata mehr als eine Gehilfenhandlung geleistet worden. Eine Bestrafung ist aber nur insoweit möglich, als der Vorsatz reicht. Geht der Vorsatz auf Beihilfe, so ist daher wegen Beihilfe zu bestrafen. Diese Entscheidung steht nicht im Gegensatz zur Akzessorietät der Beihilfe. Denn man darf nicht vergessen, daß es sich bei Täterschaft mit Gehilfenvorsatz objektiv nicht um Beihilfe, sondern um mittelbare Täterschaft handelt. Eine strafbare Haupttat eines anderen ist dem Begriff nach hier unmöglich, da dann von einer mittelbaren Täterhandlung nicht mehr die Rede sein kann.[43])

Auch nach Frank gilt für das Problem „Täterschaft mit Gehilfenvorsatz" genau dasselbe wie für die Frage „Täterschaft mit Anstiftungsvorsatz". Er sagt, wer eine Unterstützungshandlung, d. h. eine solche vollzogen habe, die bei Zurechnungsfähigkeit des Täters Beihilfe gewesen wäre, dürfe nicht strenger bestraft werden als ein Gehilfe.[44])

Es könnten noch mehrere Schriftsteller genannt werden, welche die Frage „Täterschaft mit Gehilfenvorsatz" durch Bestrafung des vermeintlichen Gehilfen wegen Beihilfe lösen wollen. Indessen sei davon Abstand genommen, da es hier nicht darauf ankommt, möglichst viele Vertreter einer bestimmten Meinung zu Wort kommen zu lassen, sondern nur die Hauptrichtungen von Ansichten mit ihren Hauptvertretern zur Darstellung zu bringen.

Haben wir bei der „Täterschaft mit Anstiftervorsatz" eine Bestrafung wegen Anstiftung aus akzessorischen Gründen als unmöglich abgelehnt, so gilt natürlich dasselbe auch hier bei „Täterschaft mit Gehilfenvorsatz", da Anstiftung und Beihilfe wegen ihrer Akzessorietät verwandte Begriffe sind. Was wir dort ausführten gegen den Einwand Winters, daß gegen eine Bestrafung wegen Anstiftung nicht deren Akzessorietät spreche, weil es sich ja um objektiv mittelbare Täterschaft handele, die eine strafbare Haupttat eines

[43]) Vgl. wieder Schreiber S. 28 u. 29.
[44]) Frank I S. 103.

anderen, an die sie sich anlehne, ihrem Wesen nach nicht vertrage, ist an dieser Stelle zu wiederholen. Zwar ist objektiv mittelbare Täterschaft gegeben. Da aber mangels Tätervorsatzes wegen vollendeter mittelbarer Täterschaft nicht gestraft werden kann, findet die Handlung bei dem Versuch den Fall in anderer Weise rechtlich zu lösen, als Täterhandlung keine Verwendung mehr. Soll daher bei „Täterschaft mit Gehilfenvorsatz" Strafe wegen Beihilfe eintreten, so muß objektiv eine Gehilfenhandlung vorliegen. Daran fehlt es jedoch aus akzessorischen Gründen. Infolgedessen kann u. E. der scheinbare Gehilfe, aber objektiv mittelbare Täter nicht wegen Beihilfe bestraft werden.[45])

Eine dritte Meinung sieht sich außer Stande, den vermeintlichen Gehilfen überhaupt zur Verantwortung zu ziehen. Als Vertreter dieses Standpunktes sind Beling, Stoll, Majer, Merkel und Wach, also dieselben Schriftsteller zu nennen, die auch bei „Täterschaft mit Anstiftungsvorsatz" die Möglichkeit irgend einer Bestrafung leugnen. Was die Begründung ihrer Ansicht, bei „Täterschaft mit Gehilfenvorsatz" könne ebenfalls überhaupt nicht gestraft werden, betrifft, so dürfen wir auf oben verweisen. Das dort Ausgeführte gilt auch für diesen Fall, denn die genannten Schriftsteller nehmen gleichzeitig zu den beiden Formen, in denen „Täterschaft mit Teilnehmervorsatz" möglich ist, Stellung und machen in der rechtlichen Beurteilung der beiden Formen keinerlei Unterschied.[46])

Im Sinn der letztgenannten Schriftsteller wird auch noch im Lehrbuch von Liszt-Schmidt entschieden,[47]) während dort, wie ausgeführt, in der Frage „Täterschaft mit Anstiftungsvorsatz" eine Bestrafung wegen vollendeter Täterschaft für möglich gehalten wird. Im Fall „Täterschaft mit Gehilfenvorsatz" ist für Liszt-Schmidt eine Bestrafung wegen vollendeter Täterschaft ausgeschlossen, weil bekanntlich Schmidt (wie auch M. E. Mayer)[48]) überhaupt mittelbare Täterschaft nur durch ein Veranlassen des unvorsätzlich

[45]) Vgl. auch Hermes S. 39.
[46]) Vgl. Beling, L. v. V. S. 398; Stoll S. 39 u. 40; Majer S. 26 u. 27; Merkel S. 25; Wach DJZ. 1911, 961.
[47]) Liszt-Schmidt S. 316.
[48]) M. E. Mayer S. 377.

Handelnden, nicht auch durch eine bloße Gehilfenhandlung für möglich hält.[49])

Was unsere eigene Ansicht in der Frage „Täterschaft mit Gehilfenvorsatz" betrifft, so ist das zu wiederholen, was wir bei „Täterschaft mit Anstiftervorsatz" im Anschluß an die Darstellung der für Straflosigkeit eintretenden Meinungen sagten. Es ist zwar richtig, die Möglichkeit einer Bestrafung sowohl wegen vollendeter Täterschaft als auch wegen Anstiftung bezw. hier wegen Beihilfe zu verneinen. Dieses Ergebnis befriedigt aber nicht, da eine Bestrafung notwendig erscheint. Wie wir sehen werden, läßt sich wie bei „Täterschaft mit Anstiftervorsatz" so auch hier eine Bestrafung wegen fahrlässiger Selbsttäterschaft rechtfertigen.

Den vermeintlichen Gehilfen, aber objektiv Täter wollen vom Standpunkt einer objektiven Teilnahmetheorie aus als fahrlässigen Selbsttäter Birkmeyer, Berolzheimer, Bauer und Hergt strafen, die bekanntlich bei „Täterschaft mit Anstiftervorsatz" auch für eine Bestrafung wegen fahrlässiger Täterschaft eintreten. Von einer Wiedergabe ihrer Begründungen für fahrlässige Täterschaft des scheinbaren Gehilfen kann hier abgesehen werden. Denn das über sie bei der Erörterung von ‚Täterschaft mit Anstiftervorsatz" Ausgeführte gilt auch an dieser Stelle, da es nicht besonders die Frage „Täterschaft mit Anstiftervorsatz" betraf, vielmehr das dieser und der Frage „Täterschaft mit Gehilfenvorsatz" übergeordnete Problem „Täterschaft mit Teilnehmervorsatz", also damit in gleicher Weise den Fall vermeintlicher Anstiftung wie auch den vermeintlicher Beihilfe bei objektiv vorliegender mittelbarer Täterschaft.[50])

Wegen fahrlässiger Täterschaft des scheinbaren Gehilfen will wohl auch Horn bestrafen. Er führt aus, derjenige, welcher irrtümlich meine, einen fremden freien Entschluß zu unterstützen, während in Wirklichkeit der andere in Unzurechnungsfähigkeit, Irrtum oder Fahrlässigkeit gehandelt habe, sei nicht wegen eines dolosen Verbrechens strafbar. Es könne sich bloß darum handeln, ob er etwa wegen fahrlässiger Urheberschaft zu strafen wäre.[51])

[49]) Liszt-Schmidt S. 320.

[50]) Vgl. Birkmeyer, Teilnahme, S. 132; Berolzheimer S. 33 und 34; W. Bauer S. 105; Hergt, Teilnahme S. 135.

[51]) Horn, Ger. S. 54, 376.

Mintz dürfte desgleichen hierher zu rechnen sein,[52]) ferner Ortmann, der für den Fall, daß der Irrtum ein vermeidbarer, d. h. unentschuldbarer war, kulpose Urheberschaft in Idealkonkurrenz mit Beihilfe annimmt.[53])

Unsere eigene Meinung in der Frage „Täterschaft mit Gehilfenvorsatz" geht, wie bereits angedeutet, dahin, daß hier genau wie im Fall „Täterschaft mit Anstiftervorsatz" eine Bestrafung wegen fahrlässiger Selbsttäterschaft gerechtfertigt ist.[54]) Was wir zur Begründung unseres Standpunktes im Fall der Täterschaft mit Anstiftervorsatz darlegten, muß hier für den Fall scheinbarer Beihilfe wiederholt werden.

Da objektiv in unseren Fällen Täterschaft vorliegt, wenn auch in der Form mittelbarer Täterschaft, so ist damit auch unter dem Gesichtspunkt fahrlässiger Selbsttäterschaft deren objektive Deliktsseite verwirklicht. Und was ihre subjektive Seite betrifft, so hat sich der vermeintliche Anstifter bezw. hier der vermeintliche Gehilfe zwar den Eintritt des unter Strafe gestellten Erfolges als sicher vorgestellt, jedenfalls ihn aber nicht als sein Werk, sondern als das Werk eines anderen, und zwar wegen dessen vermeintlich vorsätzlichen Handelns. Dieser Umstand berechtigt dazu, wie in dem Regelfall, wo der fahrlässige Täter sich den Erfolg überhaupt nicht vorstellt, unter der Voraussetzung, daß der scheinbare Teilnehmer, aber objektiv Täter bei Vorsicht und Aufmerksamkeit, die von ihm erwartet werden konnte, den Erfolg als sein eigenes Werk hätte voraussehen müssen, zur Annahme von Fahrlässigkeit und damit der Erfüllung sowohl der Tat- wie der Schuldseite der fahrlässigen Selbsttäterschaft.

Wie im Fall der „Täterschaft mit Anstiftervorsatz", so erscheint auch bei „Täterschaft mit Gehilfenvorsatz" eine Bestrafung wegen fahrlässiger Selbsttäterschaft nicht als unbillig, weil etwa zu hoch. Sicherlich gilt dies ohne weiteres für denjenigen, der Anstifter zu sein glaubt. Seine Schuld dürfte sich kaum von der eines vorsätzlichen Täters unterscheiden (wenngleich ihre Vorsätze auch verschieden sind), reicht also noch über das Maß der Schuld eines fahrlässigen Täters hinaus. Aber auch der vermeintliche Gehilfe nimmt einen Schuldgrad ein, der ausreicht, um ihn wegen fahr-

---

[52]) Mintz S. 136.
[53]) Ortmann Ger. S. 28, S. 91 u. 95.
[54]) A. M. z. B. Hoegel Z. St. W. 37 S. 673.

lässiger Täterschaft zur Verantwortung zu ziehen. Das geht schon aus dem Gesetz daraus hervor, daß der Gehilfe stets strafbar ist, ausgenommen bei Uebertretung, den fahrlässigen Täter aber nur in den Fällen die Strafe trifft, wo das Gesetz ausdrücklich schon die fahrlässige Herbeiführung eines bestimmten Erfolges mit Strafe bedroht.

Selbstverständlich kann auch hier bei der „Täterschaft mit Gehilfenvorsatz" wieder nur derjenige als fahrlässiger Selbsttäter zur Verantwortung gezogen werden, der in dem zur Beurteilung stehenden Fall auch tatsächlich ein fahrlässiges Verhalten gezeigt hat. Wann dies nach unserer Meinung zutrifft, brauchen wir an dieser Stelle nicht mehr an Beispielen darzulegen, da wir solche Beispiele bei der Täterschaft mit Anstiftervorsatz gebracht haben und es sich bei beiden Formen, in denen Täterschaft mit Teilnehmervorsatz möglich ist, jedesmal um dasselbe handelt, nämlich um die Bestrafung eines vermeintlichen Teilnehmers, aber objektiv Täters wegen fahrlässiger Selbsttäterschaft, weil er die Unvorsätzlichkeit der Mittelsperson hätte erkennen müssen.

Endlich ist abschließend wiederum folgendes zu sagen. Einmal wird häufig ein fahrlässiges Verhalten des scheinbaren Teilnehmers hinsichtlich der Kenntnis der Werkzeugeigenschaft der Mittelsperson nicht vorliegen, andermal Bestrafung wegen fahrlässiger Täterschaft rechtlich nicht möglich sein, weil das Gesetz nur die vorsätzliche Herbeiführung des bestimmten Erfolges mit Strafe bedroht. Infolgedessen kann die von uns vertretene Lösung des Problems auch nur ein Notbehelf sein, da oft dort von einer Bestrafung abgesehen werden muß, wo eine solche höchst erwünschenswert wäre.

(§ 15)

Die subjektive Theorie und die Irrtumsfälle.

Wir haben bereits oben darauf hingewiesen, daß nur vom Standpunkt einer objektiven Theorie in der Teilnahmelehre ein Problem „Täterschaft mit Teilnehmervorsatz" denkbar ist, weil die subjektive Teilnahmetheorie den Unterschied zwischen den einzelnen Beteiligungsformen an einer strafbaren Handlung nicht auf objektivem, sondern lediglich auf subjektivem Boden machen zu können glaubt. Nach der subjektiven Teilnahmetheorie, gleichgültig in welcher Form sie vertreten wird, hängt es ganz von subjektiven Mo-

menten ab, ob sich eine Tätigkeit, die conditio sine qua non eines unter Strafe gestellten Erfolges ist, als die eine oder die andere Beteiligungsform an einem Delikt darstellt. Diese Theorie kann daher niemals in den Fällen, die vom Standpunkt einer objektiven Theorie aus als Divergenzfälle von Tat- und Schuldseite bezeichnet werden müssen, sagen, hier liege nach der objektiven Seite mittelbare Täterschaft, subjektiv aber Teilnahme vor.

Gleichwohl werden wir sehen, daß auch für die subjektive Theorie der Irrtum des vermeintlichen Anstifters bezw. Gehilfen über die Vorsätzlichkeit der anderen zum deliktischen Erfolg mitwirkenden Person nicht ohne Bedeutung ist.

Solche Irrtumsfälle können sogar nicht ganz bedeutungslos für die subjektive Theorie sein. Denn man muß bedenken, daß letztere, welche zwar innerhalb der einzelnen Strafnormen rechtlich beachtlich objektive Merkmale nicht kennt, im Gebiet der Teilnahme aber doch ein objektives Moment anerkennen muß, nämlich die Abhängigkeit der Strafbarkeit der Anstiftung und Beihilfe von einer strafbaren Haupthandlung eines anderen. Dieses objektive Strafbarkeitsmerkmal der Akzessorietät bildet aber in unseren Irrtumsfällen den Pol, um den sich die gesamten rechtlichen Untersuchungen drehen. Das Fehlen einer Haupttat als Voraussetzung der Strafbarkeit des Teilnehmers bereitet gerade in unseren Fällen die Schwierigkeit ihrer rechtlichen Subsumtion. Da auch die subjektiven Teilnahmetheorien die Akzessorietät der Anstiftung und Beihilfe anerkennen, muß somit auch für sie eine Schwierigkeit in der rechtlichen Subsumtion derjenigen Fälle bestehen, in denen jemand irrigerweise Anstifter bezw. Gehilfe zu sein glaubt.

Indessen beschränkt sich für die subjektive Teilnahmetheorie die Schwierigkeit der rechtlichen Subsumtion genannter Fälle mehr oder minder auf den Fall vermeintlicher Beihilfe. Wir werden sogleich den Grund hierfür erkennen.

Die Begriffsbestimmung, welche die Dolustheorie innerhalb der subjektiven Teilnahmetheorie für den Täter gibt, paßt auch auf den Anstifter. Wenn sie sagt, Täter sei, wer das Verbrechen als eigenes vollbringen wolle, so trifft dies auch für den Anstifter zu. Er will zwar nicht eigenhändig das Verbrechen verüben, sondern durch einen an-

deren. Aber das kann nicht unter „Wollen des Verbrechens als eigenes" zu verstehen sein, denn es würde auf ein objektives Moment hinauslaufen, was sich mit dem rein subjektiven Standpunkt der Dolustheorie nicht verträgt. Vielmehr kann sie unter „Wollen des Verbrechens als eigenes" nur eine innere Beziehung zum Erfolg meinen, eben „eigenes Verbrechen" des Täters im Gegensatz zum Gehilfen, der den Erfolg als fremden Erfolg will. Die innere Beziehung des Täters zur Tat hat aber auch der Anstifter. Der endgültige Erfolg soll für ihn kein fremder, sondern eigener sein.

Noch mehr als nach der Dolustheorie paßt nach der anderen Theorie innerhalb der subjektiven Teilnahmetheorie, der Interessetheorie, der Täterbegriff auch auf die Anstiftung. Nach letzterer ist Täter, wer das Verbrechen aus unmittelbarem Interesse hervorbringen will. Dieses unmittelbare Interesse an der Herbeiführung des unter Strafe gestellten Erfolges hat aber der Anstifter mindestens in so starkem Maße wie der Täter, wenn nicht in noch höherem Grade.

Daß es nicht unrichtig ist, wenn wir erklären, vom Standpunkt der Dolus- und Zwecktheorie falle unter den Begriff der Täterschaft auch der der Anstiftung, wird dadurch bestätigt, daß die Vertreter der subjektiven Teilnahmetheorie die Anstiftung als eine Form der Täterschaft auffassen, sie als mittelbare physische oder intellektuelle Urheberschaft neben die unmittelbare physische Urheberschaft stellen. Dies tun nicht nur die älteren Vertreter eines subjektiven Standpunktes in der Teilnahmelehre wie etwa Wächter, Bauer und Berner[55]) als Vertreter der Dolustheorie und Henke und Köstlin[56]) als Vertreter der Interessetheorie. Auch v. Buri und das Reichsgericht fassen die Anstiftung als eine Form der Urheberschaft auf. v. Buri will den Begriff der Anstiftung fallen lassen und durch den Begriff der intellektuellen Urheberschaft ersetzen.[57]) Aehnlich stellt das Reichsgericht den Anstifter als intellektuellen Urheber dem

---

[55]) Vgl. Wächter § 89 S. 148; A. Bauer S. 429 und 430; Berner S. 269 u. 270.

[56]) Vgl. Henke S. 266; Köstlin S. 518 u. 521.

[57]) Vgl. v. Buri, Kausalität 1873, S. 132 u. 133; ZStW. Bd. 2 S. 276; Goltd. Arch. 25 S. 282; Ger. S. 37 Beilageheft S. 62.

physischen Urheber gegenüber.[58]) Seine Rechtsprechung ist allerdings hierin nicht immer einheitlich geblieben.[59])

Wenn nun die subjektive Teilnahmetheorie zwischen Täterschaft und Anstiftung nicht wesentlich unterscheidet, so folgt daraus, daß sie in den Fällen, wo sich ein vermeintlicher Anstifter über die Vorsätzlichkeit der zum verbrecherischen Erfolg mitwirkenden anderen Personen irrt, diesen unbedenklich wegen vollendeter Täterschaft strafen kann, da er mit dem Anstifterdolus zugleich den Täterdolus hat. Dieser Fall bietet also für die subjektive Theorie keine weiteren Schwierigkeiten.[60])

Dagegen bereiten die Fälle, in denen jemand Gehilfe zu sein, die Tat eines anderen nur zu fördern glaubt und sich über die Vorsätzlichkeit des scheinbaren Täters irrt, den subjektiven Teilnahmetheorien genau dieselben Schwierigkeiten wie den objektiven Theorien. Denn hier hat der vermeintliche Gehilfe alles andere als einen Täterdolus. Er will, vom Standpunkt der Dolus- oder Zwecktheorie aus gesehen, nicht, wie dies für den Täter und Anstifter in gleicher Weise zutrifft, die mit Strafe bedrohte Handlung als seine eigene oder als in seinem Interesse geschehend, sondern nur als fremde Tat oder in Beförderung eines fremden Interesses und Zweckes. Somit ist hier eine Bestrafung wegen vollendeter Täterschaft für die subjektive Teilnahmetheorie unmöglich.

Das Reichsgericht gelangt in den Fällen vermeintlicher Beihilfe anscheinend zu Straflosigkeit. Es führt in einem einschlägigen Fall folgendes aus: Strafbare Beihilfe wäre aus Gründen der Akzessorietät nicht an einer rechtlich unerheblichen Haupthandlung möglich, auch dann nicht wenn die Geisteskrankheit des die Tat unmittelbar Ausführenden dem Unterstützenden bekannt sei. Kenne dieser den Zustand des Geisteskranken, so wolle er ihn zwar vielleicht als Werkzeug benutzen, handele aber nicht mit dem Vorsatz, das Delikt eines anderen zu unterstützen, sondern wäre mit dem dolus eines Urhebers tätig. Kenne er dagegen den Zustand des Geisteskranken nicht, so liege keine Urheberschaft vor, weil er die Haupttat weder selbst ausführe

[58]) Vgl. Bd. 15, 359 (360); Rspr. 3, 633; vgl. auch RGSt. Bd. 5 S. 227 (228).
[59]) Vgl. RGSt. 14, 103 u. 103.
[60]) Vgl. dazu v. Buri, ZStW. 2, 275; Köstlin S. 510.

noch mit dem Vorsatz handele, sie als seine Tat zu begehen, sondern nur die Tat eines anderen befördern wolle.[61])

(§ 16)

Schlußbetrachtungen.

Wenn wir unsere Ausführungen zum Dissertationsthema „Täterschaft mit Teilnehmervorsatz" zusammenfassen, so ergibt sich in kurzen Sätzen folgendes.

In denjenigen Fällen, in denen jemand einen anderen zur Begehung einer strafbaren Handlung anzustiften bezw. ihm bei Verübung derselben Hilfe zu leisten glaubt und beabsichtigt und sich über die Vorsätzlichkeit der die Tat unmittelbar ausübenden Person irrt, liegt subjektiv Teilnahme vor. Jedoch ist wegen deren akzessorischer Natur mangels Vorliegens einer strafbaren Haupthandlung eines anderen eine Bestrafung wegen Anstiftung oder Beihilfe unmöglich. Vielmehr ist objektiv mittelbare Täterschaft gegeben, wegen deren aber wiederum nicht Bestrafung erfolgen kann, da es dem vermeintlichen Teilnehmer am Tätervorsatz fehlt.

Eine Bestrafung erscheint indessen in den Fällen des Irrtums über die Vorsätzlichkeit des scheinbaren Täters, in Wirklichkeit Werkzeugs in der Hand des vermeintlichen Anstifters bezw. Gehilfen höchst erwünscht. Es ist rechtlich unbedenklich, hier wegen fahrlässiger Täterschaft zu strafen, sofern einmal solche überhaupt strafbar ist und andermal im Einzelfall auch hinsichtlich der Unkenntnis der Werkzeugeigenschaft der zur Begehung der Tat bestimmten bzw. dabei unterstützten Person Fahrlässigkeit vorliegt. Da es häufig daran fehlen wird, bleiben bedauerlicherweise manche Fälle ungelöst, die nach dem Rechtsgefühl und damit dem wahren Willen der Rechtsordnung eine Bestrafung fordern.

Für die subjektive Theorie in der Lehre von der Teilnahme kann ein Problem „Täterschaft mit Teilnehmervorsatz" nicht bestehen, da sie den Unterschied zwischen den einzelnen Beteiligungsformen an einer strafbaren Handlung nur auf subjektivem Boden machen zu können glaubt und es für sie folglich nur von subjektiven Momenten abhängt, ob eine Tätigkeit die eine oder die andere Beteiligungsform an einem Delikt darstellt. Immerhin bereiten die Fälle, in

[61]) R. G. St. Bd. 40, 21 (25); vgl. auch Bd. 11,56 ff.

denen sich ein scheinbarer Teilnehmer über die Vorsätzlichkeit der unmittelbar das Verbrechen begehenden Person irrt, auch für die subjektive Teilnahmetheorie Schwierigkeiten. Das gilt weniger für den Fall vermeintlicher Anstiftung als für den scheinbarer Beihilfe.

Die Abhängigkeit der Strafbarkeit der Anstiftung und Beihilfe von dem Vorliegen einer strafbaren Haupthandlung eines anderen ist der Kernpunkt für die Schwierigkeit der rechtlichen Subsumtion unserer Irrtumsfälle. Eine Verselbständigung der Anstiftung und Beihilfe würde es ausnahmslos ermöglichen, den vermeintlichen Teilnehmer auch als solchen zu bestrafen, also entsprechend dem Maße sowohl seiner objektiven als auch subjektiven Beteiligung an dem unter Strafe gestellten Erfolg. Diese Lösung wäre natürlich zweifellos die beste. Die Beseitigung der Akzessorietät von Anstiftung und Beihilfe muß daher de lege ferenda gefordert werden.

Erfreulicherweise sieht diese Forderung ihrer Erfüllung entgegen, da die Entwürfe zu dem neu zu schaffenden Strafgesetzbuch die Akzessorietät der Anstiftung und Beihilfe fallen lassen. So lesen wir z. B. in § 27 des „Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches" von 1925: „Die Strafbarkeit des Anstifters und des Gehilfen ist unabhängig von der Strafbarkeit dessen, der die Tat ausführt." Genau denselben Wortlaut hat auch der § 31 des vom Reichsminister der Justiz unter dem Datum des 14. Mai 1927 dem Reichstag vorgelegten „Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs".

— — — — — —

Zum Schlusse dieser Arbeit ist es mir eine angenehme Pflicht, Herrn Universitätsprofessor Dr. E. Mezger für seine Anregungen zu vorliegender Dissertation auch an dieser Stelle meinen ehrerbietigsten Dank auszusprechen.

— — — — — —

Lebenslauf.

Ich, Helmuth Friedrich Bünger, geboren am 3. April 1904 in Düsseldorf-Benrath als Sohn des Fabrikanten Friedrich Bünger und seiner Ehefrau Frieda geb. Keller, evangelischer Konfession, besuchte die Vorschule und das Realgymnasium in Benrath. Nachdem ich Ostern 1923 mit dem Reifezeugnis entlassen worden war, widmete ich mich, eine längere Krankheitszeit ausgenommen, auf den Universitäten Köln, München, Heidelberg, Freiburg und Marburg dem Studium der Rechte. Im Dezember 1928 bestand ich vor dem Oberlandesgericht Kassel die erste juristische Prüfung. Daraufhin wurde ich am 14. Januar 1929 zum Referendar in Düsseldorf ernannt. Am 3. August 1929 promovierte ich vor der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg zum Doktor der Rechte.